العزيز

شرح الوجيز

المعروف بالشرح الكبير

تأليف

الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي

المتوفى سنة ٦٢٣هـ

تحقيق وتعليق

الشيخ علي محمد معوض الشيخ عادل أحمد عبد الموجود

الجزء السادس

يحتوي على الكتب التالية:

القراض - المساقاة - الإجارة - الجعالة - إحياء الموات - الوقف

الهبة - اللقطة - اللقيط - الفرائض

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى
١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH
Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floore.
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ القِرَاضِ

البَابُ الأَوَّلُ فِي أَرْكَانِ صِحَّتِهِ

قال الغزالي: وَفِيهِ ثَلاثَةُ أَبْوَابٍ وَهِيَ سِتَّةٌ: الأَوَّلُ ـ رَأْسُ المَالِ وَشَرَائِطُهُ أَرْبَعَةٌ: وهيَ أَنْ يَكُونَ نَقْداً مُعَيَّناً معْلُوماً مُسَلَّماً، احْتَرَزْنَا بِالنَّقْدِ عَنِ العُرُوضِ وَالنُّقْرَةِ الَّتِي لَيْسَتْ مَضْرُوبَةً فَإِنَّ ما يَخْتَلِفُ قِيمَتُهُ إِذَا جُعِلَ رَأْسَ المَالِ فَإِذَا رُدَّ بالأُجْرَةِ إِلَيْهِ لِيَتَمَيَّزَ الرِّبْحُ فَرُبَّمَا ارْتَفَعَ قِيمَتُهُ فَيَسْتَغْرِقُ رَأْسُ المَالِ جَمِيعَ الرِّبْحِ، أَوْ نَقَصَ فَيَصِيرُ بَعْضُ رَأْسِ المَالِ رِبْحاً، وَلاَ يَجُوزُ (و) عَلَى الفُلُوسِ وَلاَ عَلَى الدَّرَاهِمِ (ح و) المَغْشُوشَةِ.

قال الرافعي: العَقْدُ المعقود له الباب هو أن يدفع مالاً إلى غيره ليتَّجر فيه على أن يكون الربح بينهما، ويسمَّى ذلك قِرَاضاً ومُقَارَضَة، وقد يسمى مُضَارَبَة[1]، وأشهر اللفظين القِرَاض عند الحجازيين والمُضَاربة عند العراقيين، واشتقاق القِرَاض من قولهم: قرض الفَأْرُ الثوب أي: قطعه ومنه المِقْرَاض؛ لأنه يقطع به، وسمى قِرَاضا إما لأن المالك اقتطع قطعة من ماله فدفعها إلى العامل، أو لأنه اقتطع له قطعة من الربح.

وقيل: اشتقاقه من المُقَارضة، وهي المساواة والمُوَازنة سمي به لتساويهما في

---

(١) القراض لغة: مصدر قرض الشيء يقرضه بكسر الراء: إذا قطعه، والقرض: اسم مصدر بمعنى الأقراض. وقال الجوهري: القرض: ما تعطيه من المال لتقضاه، والقرض بالكسر: لغة فيه. حكاها الكسائي. وقال الواحدي: القرض: اسم لكل ما يلتمس منه الجزاء، يقال: أقرض فلان فلاناً: إذا أعطاه ما يتجازاه منه، والاسم منه: القرض، وهو: ما أعطيته لتكافىء عليه، هذا إجماع من أهل اللغة. انظر: لسان العرب: ٥/٣٥٨٨، المصباح المنير: ٢/٤٩٧. واصطلاحاً: عرفه الحنفية بأنه: ـ هو المضاربة عندهم ـ عقد شركة في الربح بمال من جانب وعمل من جانب. عرفه الشافعية بأنه: أن يدفع إليه مالاً ليتجر فيه والربح مشترك. عرفه المالكية بأنه: توكيل على تجرٍ في نقدٍ مضروبٍ مُسَلم بجزء من ربحه. عرفه الحنابلة بأنه: دفع مال معلوم أو ما في معناه لمن يتجر فيه بجزء معلوم من ربحه انظر: حاشية الدسوقي: ٣/٥١٧، فتح القدير: ٨/٤٤٥، مغني المحتاج: ٢/٣٠٩ ـ ٣١٠، مطالب أولي النهي: ٣/٥١٣ ـ ٥١٤.

قوام العقد بهما، فمن هذا المال، ومن هذا العمل لتساويهما في استحقاق الربح.

وأما المُضَارية، فإنه تقع على هذا العقد؛ لأن كل واحد منهما يضرب في الربح بسهم، أو لما فيه من الضرب بالمال، والتقليب، ويقال للمالك من اللفظة الأولى: مقارض، وللعامل، ومُقَارض، ومن اللفظة الثانية يقال للعامل مضارب؛ لأنه الذي يضرب بالمال، ولم يشتقوا للمالك منها اسماً.

واحتج الأصحاب للقراض بإجماع الصحابة، ذكر الشَّافِعِيُّ - رضي الله عنه - في «اختلاف العراقيين»أن أَبَا حَنِيْفَةَ روى عن حُمَيْدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُبَيْدِ الأَنْصَارِيِّ عن أبيه عن جده أن عُمَرَ بْنَ الخَطَّابِ رضي الله عنه أعطى مال يتيم مضاربة فكان يعمل به في «العِرَاقِ»[١]. وروي أنَّ عَبْدَ اللَّهِ وعُبَيْدَ اللَّهِ ابْنَي عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ لقيا أَبَا مُوسَى بـ«البصرة» عند مصرفهما من غزوة «نَهَاوند»[٢] فتسلَّفا منه مالاً وابتاعا به متاعاً، وقدما «المدينة»، فباعا وربحا فيه، فأراد عُمَرُ - رضي الله عنه - أخذَ رأس المال، والربح كله فقالا: لو تلف كان ضمانه علينا، فكيف لا يكون ربحه لنا؟

فقال رجل لأمير المؤمنين: لو جعلته قِرَاضاً، فقال: قد جعلته، وأخذ منهما

---

(١) البيهقي بسنده إلى الشافعي في كتاب اختلاف أنه بلغه عن حميد بن عبد الله بن عبيد الأنصاري عنه أبيه عن جده به. (تنبيه) قال ابن داود شارح المختصر: الرجال الذي أعطاه عمر المال هو عبيد الأنصاري. قلت: وعبيد هو راوي الخبر، ولم أر في طريق الشافعي التصريح بأنه هو الذي أعطاه عمر، ولكنه عند ابن أبي شيبة عن وكيع ابن أبي زائدة، عن عبد الله بن حميد بن عبيد عن أبيه عن جده: أن عمر دفع إليه مال يتيم مضاربة التلخيص ٣/٥٧.

(٢) بفتح النون الأولى وتكسر، والواو مفتوحة، ونون ساكنة، ودال مهملة: هي مدينة عظيمة في قلبة همذان بينهما ثلاثة أيام، قال أبو المنذر هشام: سميت نهاوند لأنهم وجدوها كما هي، ويقال إنها من بناء نوح عليه السلام أي نوح وضعها إنما اسمها نوح أوَنْد فخففت وقيل نهاوند، وقال حمزة: أصلها بنو هاوند فاختصروا منها ومعناه الخير المضاعف، قال بطليموس: نهاوند في الإقليم الرابع، طولها اثنتان وسبعون درجة، وعرضها ست وثلاثون درجة، وهي أعتق مدينة في الجبل، وكان فتحها سنة ٢٩، ويقال سنة ٢٠، وذكر أبو بكر الهذلي عن محمد بن الحسن: كانت وقعة نهاوند سنة ٢١ أيام عمر بن الخطاب، رضي الله عنه، وأمير المسلمين النعمان بن مُقَرّن المزني، وقال عمر: إن أصبت فالأمير حذيفة بن اليمان ثم جرير بن عبد الله ثم المغيرة بن شعبة ثم الأشعث بن قيس، فقتل النعمان وكان صحابياً فأخذ الراية حذيفة وكان الفتح على يده صلحاً وقال المبارك بن سعيد عن أبيه قال: نهاوند من فتوح أهل الكوفة والدِّينور من فتوح أهل البصرة، فلما كثر الناس بالكوفة احتاجوا إلى أن يرتادوا من النواحي التي صولح على خراجها فصيرّت لهم الدينور وعوّض أهل البصرة نهاوند لأنها قريبة من أصبهان فصار فضل ما بين خراج الدينور ونهاوند لأهل الكوفة فسميت نهاوند ماه البصرة والدينور ماه الكوفة، وذلك في أيام معاوية بن أبي سفيان.

(ينظر معجم البلدان [نهاوند])

نصف الربح[١]. يقال: إن ذلك الرجل هو عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ[٢] رضي الله عنه.

وأظهر ما ذكره الأصحاب في محل القضية وبه قال ابْنُ سُرَيْجٍ أن ما جرى كان قرضاً صحيحاً، وكان الربح ورأس المال لهما، لكن عُمَرَ ـ رضي الله عنه ـ استنزلهما عن بعض الربح خِيْفَةَ أن يكون قصد أبُو مُوسى إرفاقهما، لا رعاية مصلحة بيت المال.

ولذلك قال في بعض الروايات: أو أسلف كل الجيش، كما أسلفكما؟ وعن العَلاَءِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ يَعْقُوبَ عن أبيه أنَّ عُثْمَان بن عفان ـ رضي الله عنه ـ أعطاه مالاً مقارضة[٣] وأيضاً: عن عَلِيٍّ وابْنِ مَسْعُودٍ وابن عباس وجَابِرٍ وحَكِيم بْنِ حِزَامٍ ـ رضي الله عنهم ـ تجويز المُضَارَبَة[٤] وأيضاً فإن السُّنَّة الظَّاهرة وردت في المُسَاقَاة.

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٢/٦٨٧) في كتاب القراض: باب ما جاء في القراض (١)وأخرجه الشافعي عنه عن زيد بن أسلم عن أبيه (٢/١٦٩) في كتاب القراض حديث (٥٩٣) وقال الحافظ في التلخيص: إسناده صحيح. قوله: الرجل الذي قال لعمر ذلك، قيل: إنه عبد الرحمن بن عوف، هذا حكاه ابن داود شارح المختصر، وتبعه القاضي حسين. والإمام الغزالي. وابن الصلاح، قال ابن داود: وكان المال مائة ألف درهم. (تنبيه) قال الطحاوي: يحتمل أن يكون عمر شاطرهما فيه، كما كان يشاطر عماله أموالهم، وقال البيهقي: تأوّل المزني هذه القصة بأنه سألهما لبره الواجب عليهما أن يجعلا كله للمسلمين، فلم يجيباه، فلما طلب النصف أجاباه عن طيب أنفسهما.

(ينظر التلخيص ٣/٥٨)

(٢) عبد الرحمن بن عوف بن عبد عوف بن عبد الحارث بن زهرة بن كلاب بن مرة الزهري أبو محمد المدني شهد بدراً والمشاهد وهو أحد العشرة وهاجر الهجرتين وأحد الستة وروي عنه بنوه إبراهيم وحميد وأبو سلمة ومصعب وغيرهم. قال الزهري: تصدق على عهد النبي ﷺ بأربعة آلاف ثم بأربعين ثم حمل على خمسمائة فرس ثم على خمسمائة راحلة. وأوصى لنساء النبي ﷺ بحديقة قومت بأربعمائة ألف. قال خليفة: مات سنة إثنتين وثلاثين وقيل سنة ثلاث ودفن بالبَقِيع. وزاد بعضهم وهو ابن خمس وسبعين سنة.

(ينظر الخلاصة (٢/١٤٧)

(٣) أخرجه مالك عن العلاء عن أبيه عن جده أنه عمل في مال لعثمان على أن الربح بينهما، ورواه البيهقي من طريق ابن وهب عن مالك، وليس فيه عن جده إنما فيه أخبرني العلاء عن أبيه قال: جئت عثمان، فذكر قصة فيها معنى ذلك.

(٤) أما أثر علي: فروى عبد الرزاق عن قيس بن الربيع عن أبي حصين عن الشعبي عنه: في المضاربة الوضيعة على المال، والربح على ما اصطلحوا عليه، وأما ابن مسعود: فذكره الشافعي في كتاب اختلاف العراقيين عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم عنه أنه أعطى زيد ابن خليدة مالاً مقارضة، وأخرجة البيهقي في المعرفة، وأما ابن عباس: فلم أره عنه، نعم رواه البيهقي عن أبيه العباس بسند ضعفه، وأخرج الطبراني في الأوسط من طريق حبيب ابن يسار عن ابن عباس قال: كان العباس إذا دفع مالاً مضاربة ـ فذكر القصة ـ وفيه: أنه رفع الشرط إلى النبي ﷺ فأجازه، وقال: =

وإنما جوزت المُسَاقاة للحاجة من حيث إن مالك النخيل قد لا يحسن تعهدها، ولا يتفرغ له، ومن يحسن العمل قد لا يملك ما يعمل فيه، وهذا المعنى موجود في القِراض. ثم كلام الكتاب مندرج في ثلاثة أبواب:

أحدها: فيما يعتبر لصحّة هذا العقد، وما يعتبر تارة يعتبر في رأس المال، وتارة في العمل، وأخرى في صفة العقد، وأخرى في العاقدين، فسمى هذه الأمور أركاناً، وبَيَّنَ ما يشترط في كل واحد منها.

والثاني: في إحكامه إذا صح.

والثالث: فيما إذا انفسخ العقد بفسخٍ وغيره ما حكمه؟ وفيما إذا اختلفا في كيفية جريان العقد بينهما كيف يفصل الأمر؟

أما الباب الأول: فالركن الأول منه رأس المال، وله شروط:

أحدها: أن يكون نقداً، وهو الدراهم والدنانير المضروبة، وفيه معنيان:

أحدهما: أن القراض معاملة تشتمل على إغرار، إذ العمل غير مضبوط، والربح غير موثوق به، وإنما جوزت للحاجة، فتختص بما تسهل التجارة عليه، وتروج بكل حال[1]. **وأشهرهما:** وهو المذكور في الكتاب أن النقدين ثمناً لا يختلفان بالأزمنة والأمكنة إلاَّ قليلاً ولا يقومان بغيرهما، والعروض تختلف قيمتها، فلو جعل شيء منها رأس المال لزم أحد الأمرين.

أما أخذ المالك جميع الربح، أو أخذ العامل بعض رأس المال، ووضع القراض على أن يشتركا في الربح، وينفرد المالك برأس المال، ووجه لزوم أحد الأمرين: أنهما إذا جعلا رأس المال ثوباً، فإما أن يشترطا رد ثوب بتلك الصفات أو رد قيمته.

= لا يروى إلا بهذا الإسناد، تفرد به محمد بن عقبة عن يونس بن أرقم عن الجارود عنه، وأما جابر: فرواه البيهقي بلفظ أنه سئل عن ذلك، فقال: لا بأس بذلك، وفي إسناده ابن لهيعة، وأما حكيم بن حزام: فرواه البيهقي بسند قوي أنه كان يدفع المال مضاربة إلى أجل، ويشترط عليه أن لا يمر به بطن واد ولا يبتاع به حيواناً، ولا يحمله في بحر، فإن فعل شيئاً من ذلك فقد ضمن ذلك المال (فائدة) قال ابن حزم في مراتب الإجماع: كل أبواب الفقه فلها أصل من الكتاب أو السنة حاشي القراض فما وجدنا له أصلاً فيهما البتة، ولكنة إجماع صحيح مجرد، والذي نقطع به أنه كان في عصره ﷺ، فعلم به وأقره، ولولا ذلك لما جاز.

(ينظر التلخيص ٣/٥٨)

(١) قال ابن الرفعة: والأشبه صحة القراض على نقد أبطله السلطان. قال الأذرعي: وفيه نظر إذا عزّ وجوده أو خيف عزته عند المفاصلة. قال في مغني المحتاج: وهذا هو الظاهر.

إن شَرَطَا الأول، فربما كان قيمة الثوب في الحال درهماً، ويبيعه، ويتصرف فيه حتى يبلغ المال عشرة، ثم ترفع قيمة الثياب، فلا يوجد مثل ذلك الثوب إلاَّ بعشرة فيحتاج العامل إلى صرف جميع ما معه إلى تحصيل رأس المال، فيذهب الربح في رأس المال، وربما كانت قيمته عشرة فباعه ولم يربح شيئاً ثم صار يؤخذ مثله بشيء يسير فيشتريه، ويطلب قسيمة الباقي، فحينئذ يفوز العامل ببعض رأس المال. وإن شَرَطَا ردّ القيمة، فإما أن يشترطا قيمة حال المفاصلة، أو قيمة حال الدفع. والأول غير جائز؛ لأنها مجهولة، وقد تكون قيمته في الحال درهماً، وعند المفاصلة[١] عشرة، فيلزم المحذور الأول.

والثاني: غير جائز؛ لأنه قد تكون قيمته في الحال عشرة، وتعود عند المفاصلة إلى درهم، فيلزم المحذور الثاني، وفي النفس حسيكة من هذا الكلام؛ لأن لزوم أحد الأمرين مبني على أنَّ رأس المال قيمة يوم العقد، أو يوم المفاصلة، وبتقدير جواز القراض على العرض يجوز أن يكون رأس المال ذلك العرض بصفاته من غير نظر إلى القيمة، كما أنه المستحق في السَّلَم، وحيئنذ إن ارتفعت القيمة، فهو كخسران حصل في أموال القراض، وإن انخفضت فهو كزيادة قيمة فيها. وعن الشيخ أَبِي مُحَمَّدٍ أنه كان يعوّل في اختصاص القِرَاض بالنقدين على الإجماع، ولا يبعد أن يكون العدول إليه لهذا الإشكال، ويترتب على اعتبار النقدية امتناع القراض على الحُلِيِّ والتِّبْر، وكل ما ليس بمضروب؛ لأنها مختلفة القيمة كالعروض، وكذلك لا يجوز القِرَاضُ على الفلوس[٢]، ولا الدراهم والدنانير المغشوشة[٣]، لأنها نقد وعرض. وحكى الإمام وجهاً أنه يجوز القراض على المغشوش اعتباراً برواجه واذعاء الوفاق على امتناع القِرَاض في الفلوس، لكن صاحب «التتمة» ذكر فيها أيضاً الخلاف. وعن أَبِي حَنِيْفَةَ يجوز القراض في المغشوش إذا لم يكن الغش أكثر.

قال الغزالي: **وَٱحْتَرَزْنَا بِالمَعْلُومَ عَنِ القِرَاضِ عَلَى صُرَّةِ دَرَاهِمَ، فَإِنَّ جَهْلَ رَأْسِ المَالِ يُؤَدِّي إِلَى جَهْلِ الرِّبْحِ، وَٱحْتَرَزْنَا بِالمُعَيَّنِ عَنِ القِرَاضِ عَلَى دَيْنٍ فِي الذِّمَّةِ، وَلَوْ عَيَّنَ وَأَبْهَمَ فَقَالَ: قَارَضْتُكَ عَلَى أَحَدَ هَذَيْنِ الأَلْفَيْنِ وَالآخَرُ عِنْدَكَ وَدِيعَةٌ وَهُمَا فِي كِيسَيْنِ**

---

(١) سقط في ب.

(٢) قال النووي: ذكر الفوراني في جواز القراض على ذوات المِثْل وجهين، وهذا شاذ منكر، والصواب المقطوع به: المنع.

ينظر الروضة ٤/١٩٨.

(٣) وإن راجت وعلم قدر غشها وجوزنا التعامل بها لأن الغش الذي فيها عرض وخالف في ذلك السبكي فقال: يقوى عندي أن أفتي بالجواز وأن أحكم بها إن شاء الله تعالى. ٤/١٩٧.

مُتَمَيِّزَيْنِ فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ كَانَ النَّقْدُ وَدِيعَةً أَوْ رَهْناً فِي يَدِهِ أَوْ غَصْباً وَقَارَضَهُ عَلَيْهِ صَحَّ، وَفِي انْقِطَاعِ ضَمَانِ الغَصْبِ خِلَافٌ.

قال الرافعي: **الشَّرط الثاني**: أن يكون معلوماً[(١)]، فلو قارض على كفين من الدراهم، أوصُرَّة مجهولة القدر لم يجز؛ لأنه إذا كان رأس المال مجهولاً، كان الربح مجهولاً، ويخالف رأس مال السَّلم، حيث يجوز أن يكون مجهول القدر على أحد القولين، لأن السلم لا يعقد ليفسخ، والقراض يعقد ليفسخ، ويميز بين رأس المال والربح. وفي «الشامل» وغيره أن عند أَبِي حَنِيْفَةَ يجوز أن يكون رأس المال مجهول القدر، وإذا تنازعنا فيه عند المفاصلة، فالمصدق العامل، وعلى هذا فليكن قوله: «معلوما» في الفصل السابق معلّما بالحاء. ولو دفع إليه ثوباً، وقال: بعه، وإذا قبضت ثمنه، فقد قارضتك عليه لم يجز، لأنه مجهول، ولما فيه من تعليق القرض.

قال أبو حنيفة: يصح.

الشرط الثالث: أن يكون معيناً فلو قارض على دراهم غير معينة، ثم أحضرها في المجلس وعينها، حكى الإمام عن القَاضِي، وقطع به أنه يجوز، كما في الصرف ورأس مال السَّلم. والذي أورده صاحب «التهذيب» المنع[(٢)].

ولو كان له دَيْن في ذمة إنسان فقال لغيره: قارضتك على دَيْني على فلان، فأقبضه، واتجر فيه لم يجر، لأنا لم نجوز القِرَاض على العرض لعسر التجارة والتصرف فيها، ومعلوم أن التصرف في الدَّين أكثر عسراً فكان بالمنع الأولى.

ووجهه الإمام بأن ما في الذِّمة لا بد من تحصيله أوّلاً، وسنذكر أنه لا يجوز في القراض ضم عمل إلى التجارة، ولكن مثل هذا العمل يجوز أن يُعَدَّ من توابع التجارة، فلا يمتنع ضمه إلى عمل القراض، يؤيده قولهم: إنه لو كان له عند زيد دراهم وديعة، فقال لعمرو: قارضتك عليها، فخذها وتصرف فيها يجوز، ولو أن صاحب الدَّين قال: قارضتك عليه لتقبض، وتتصرف، أو اقبضه فإذا قبضته فقد قارضتك عليه لم يصح أيضاً، وإذا قبض العامل، وتصرّف فيه لم يستحق الربح المشروط، بل الجميع للمالك، وللعامل أجره مثل التصرف، إن كان قد قال: إذا قبضت فقد قارضتك، وإن قال:

---

(١) فلا يجوز على مجهول القدر دفعاً لجهالة الربح ولا على مجهول الصفة كما قاله ابن يونس ومثلها الجنس. قال السبكي: ويصح القراض على غير المرئي لأنه توكيل.

(٢) لم يصرح الشيخ بترجيح وصحح في الشرح الصغير مقاله القاضي وهو المذكور في الشامل والبحر ونقل عن أبي الفرج الزاز قال في الخادم والأفقه ما قاله البغوي وتابعة صاحب الحاوي من إبطال القراض إلى آخر ما ذكره.

قرضتك عليه لتقبض وتتصرف، استحق مثل أجرة التقارض، والقبض أيضاً.

ولو قال للمديون: قارضتك على الدَّين الذي عليك لم يصح القراض أيضاً؛ لأنه إذا لم يصحّ والدَّين على الغير، فلأن لا يصح والدَّين عليه كان أولى، لأن المأمور لو استوفى ما على غيره ملكه وصح القبض، وما على المأمور لا يصير للمالك بعزله من ماله، وقبضه للأمر، بل لو قال: اعزل قدر حقي من مالك، فعزله، ثم قال: قارضتك عليه لم يصح، لأنه لم يملكه.

وإذا تصرف المأمور فيما عزله نظر إن اشترى بعينه للقراض، فهو كالفُضُولِيِّ يشتري لغيره بعين ماله، وإن اشترى في الذمة، ونقد ما عزله ففيه وجهان.

احدهما: أنه للمالك؛ لأنه اشترى له بإذنه.

والثاني: أنه للعامل؛ لأنه إنما أذن في الشراء بمال القراض، إما بعينه، أو في الذمة لينقده فيه، وإذا لم يملكه، فلا قراض، وهذا أظهر عند الشيخ أبي حَامِدٍ[١].

وفي «التهذيب» أن الأصح الأول بحيث كان المال المعزول للمالك، فالربح ورأس المال له لفساد القراض، وعليه الأجرة للعامل. ولو دفع إليه كيسين في كل واحد منها ألف، وقال: قارضتك على أحدهما، فوجهان:

أحدهما: الصحة لتساويهما.

وأصحهما: المنع لعدم التعيين[٢]، كما لو قال: قارضتك على هذه الدراهم، أو على هذه الدنانير، وكما لو قال: بعتك أحد هذين العبدين، ولو كانت دراهمه في يد غيره وديعة، فقارضه عليها صَحَّ، ولو كانت غصباً لم يصح في وجه؛ لأنه مضمون والقرض عقد أمانة. الأصح[٣] الصحة، كما إذا رهن من الغاصب. وعلى هذا لا يبرأ من ضمان الغَصْبِ، كما في الرهن وعند أبي حنيفة ومالك ـ رضي الله عنهما ـ إنه يبرأ.

قال الغزالي: **وَأَرَدْنَا بِالمُسَلَّمِ أَنْ يَكُونَ فِي يَدِ المُعَامِلِ، فَلَوْ شَرَطَ المَالِكُ أَنْ يَكُونَ فِي يَدِهِ أَوْ أَنْ يَكُونَ لَهُ يَدٌ أَوْ يُرَاجِعَ فِي التَّصَرُّفِ أَوْ يُرَاجِعُ مُشْرِفَهُ فَسَدَ القِرَاضُ؛ لأَنَّهُ**

---

(١) ما صححه البغوي هو الذي أورده القاضي ونقله ابن الرفعة عن إيراد البندنيجي في تعليقه، إلى آخر ما ذكره.

(٢) فعلى الأولى بتصرف العامل في أيهما شاء فيتعين للقراض الروضية ١٩٩/٤.

(٣) قال النووي: معناه: لا يبرأ بمجرد القراض. أما إذا تصرف العامل وباع واشترى، فيبرأ من ضمان الغصب، لأنه سلّمه بإذن المالك، وزالت عنه يده، وما يقبضه من الأعواض، يكون أمانة في يده، لأنه لم يوجد منه فيها مُضمِن. ينظر الروضة ١٩٩/٤.

تَضْيِيقٌ لِلْتجَارَةِ، وَلَوْ شَرَطَ أَنْ يَعْمَلَ مَعَهُ غُلامُ المَالِكِ جَازَ عَلَىَ النَّصِّ.

قال الرافعي: **الشراط الرابع**: أن يكون رأس المال مسلّماً إلى العامل[1]، ويستقل باليد عليه، والتصرف فيه، ولو شرط المالك أن يكون الكيس في يده ليوفي الثمن منه إذا اشترى العامل شيئاً، أو شرط أن يراجعه العامل في التصرفات، أو يراجع مشرفاً نصّبه فسد القراض؛ لأنه قد لا يجدهِ عند الحاجة، أو لا يساعده على رأيه فيفوت عليه التصرف الرابح، فالقراض موضوع توسعاً لطريق التجارة، ولهذا الغرض احتمل فيه ضرب من الجَهَالة فَيُصَانُ عما يخل به، ولو شرط أن يعمل معه المالك بنفسه فسد أيضاً؛ لأن انقسام التصرف يُفْضِي إلى انقسام اليد ويبطل الاستقلال. وفي «الرقم» لأبي الحسن العَبَّادِيِّ أن أبا يحيى البَلِخْيَّ جوزِ ذلك على طريق المعاونة والتبعية، والمذهب الأول، ولو شرط أن يعمل معه غلام المالك فوجهان، ويقال: قولان.

أحدهما: أنه لا يصح أيضاً، كما لو شرط أن يعمل بنفسه؛ لأن يد عبده يده.

والثاني: وبه قال ابْنُ سُرَيْج وأبُو إِسْحَاقَ والأكثرون: أنه يجوز؛ لأن العبد مال يدخل تحت اليد، ولمالكه إعارته وإجارته، فإذا دفعه إلى العامل، فقد جعله معيناً وخادماً للعامل، فوقع تصرفه للعامل تبعاً لتصرفه، بخلاف ما إذا شرط المالك أن يعمل بنفسه، فإنه لا وجه لجعله تابعاً، وموضوع الخلاف ما إذا لم يصرح بحَجْرِ العامل.

فأما إذا قال: على أن يعمل معك غلامي، ولا يتصرف دونه، أو يكون بعض المال في يده، فسد لا محالة، ولا شرط في المُضَاربة أن يعطية بهيمة يحمل عليها، ففي «التتمة» أنه على الخلاف في مسألة الغلام.

ومنهم من قال: قضية كلامه، القطع بالجواز، ولو لَمْ يشترط عمل الغلام معه، ولكن شرط أن يكون ثلثي الربح له، والثلث لغلامه، والثلث للعامل جاز، وحاصله اشتراط ثلثي الربح لنفسه نص عليه في «المختصر» حيث قال: فان قارضه، وجعل معه رَبّ المال غلامه، وشرط أن الربح بينه، وبين العامل، والغلام أثلاثاً فهو جائز، وكان لرب المال الثلثان. واعلم أن من لم يجوز شرط عمل الغُلاَم قال: المراد من هذا النص أن يجعل مع العامل في قسمة الربح لا في العمل، ومن جوزه عمل بإطلاقه، وقال: لا فرق بين شرط عمله، وبين تركه، وهذا ما ينزل عليه قوله في الكتاب: «جار على النص»، ولو شرط ثلث الربح لحُرّ، فسيأتي في الركن الثالث.

---

(١) وليس المراد إشتراط تسليم المال إليه حال العقد أو في مجلسه، وإنما المراد أن يستقل العامل باليد عليه والتصرف فيه كما أشار المصنف.

فرع:

قال في «التتمة»: ولو كان بينه وبين غيره دراهم مشتركة، فقال لشريكه: قارضتك على نصيبي منها صح إذ ليس فيه إلاَّ الإشاعة، فإنها لا تمنع صحة التصرفات قال: وعلى هذا لو خلط ألفين بألف لغيره، ثم قال صاحب الألفين للآخر: قارضتك على أحدهما، وشاركتك في الآخر، فقبل جاز، وانفرد العامل بالتصرف في ألف القراض، ويشتركان في التصرف في باقي المال، ولا يخرج عقدين على الخلاف في الصَّفقة الواحدة تجمع مختلفين؛ لأنهما جميعاً يرجعان إلى التوكيل بالتصرف، ولا يجوز أن يجعل رأس مال القِرَاض سُكْنَى دار، فإن العروض إذا لم تجعل رأس مال، فالمنافع أولى، وهذا يمكن فهمه من الضبط المذكور في الكتاب.

قال الغزالي: **الرُّكْنُ الثَّاني العَمَلُ وَهُوَ عِوَضُ الرِّبْحِ، وَشُرُوطُهُ ثَلاَثَةٌ: وهِيَ أَنْ يَكُونَ تِجَارَةً غير مُضَيَّقَةٍ بِالتَّعْيينِ وَالتَّأْقِيتِ، احْتَرَزْنَا بِالتِّجَارَةِ عَنِ الطَّبْخِ وَالخُبْزِ وَالحِرْفَةِ، فإنَّ عَقْدَ القِرَاضِ عَلَى الحِنطَةِ لِيَربَحَ بِذَلِكَ فَاسدٌ. أَمَّا النَّقْلُ وَالكَيْلُ وَالوَزْنُ وَلَوَاحِقُ التِّجَارَةِ تَبعٌ لِلتِّجارةِ، والتِّجَارَةِ، هِيَ آلاَسْتِرْبَاحُ بِالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ لاَ بِالحِرْفَةِ وَالصَّنْعَةِ.**

قال الرافعي: لمَّا تكلَّم في رأس المال وشرائطه أخذ يتكلَّم فيما يقابله بين من طرف العامل، وهو العمل، ويشترط فيه أمور:

أحدها: كونه تجارة، ويتعلق بهذا القيد صور:

منها: لو قارضه على أن يشتري الحِنْطَةُ فيطحنها، ويخبزها والطعام ليطبخه ويبيع، والربح بينهما، فهو فاسد، وتوجيهه الملتئم من كلام الأَصْحَاب أن الطبخ والخبز ونحوهما أعمال مضبوطةٌ يمكن الاستئجار عليها، وما يمكن الاستئجار عليه، فيستغنى عن القِرَاض إنما القراض لما لا يجوز الاستئجار عليه، وهو التجارة التي لا ينضبط قدرها، وتمس الحاجة إلى العقد عليها، فيحتمل فيه للضرورة جهالة العوضين، وعلى هذا القياس ما إذا اشترط عليه أن يشتري الغزل، فينسجه، أو الثوب فيقصره، أو يصبغه. ولو اشترى العامل الحِنْطَة، وطحنها من غير شرط، فعن القَاضِي الحُسَيْنِ في آخرين أنه يخرج الدقيق عن كونه مال قراض، ولو لم يكن في يده غيره ينفسخ القراض؛ لأن الربح حينئذ لا يحال على البيع والشراء فقط، بل على التعبير الحاصل في مال القراض بفعله، وغير التجارة لا يقابل بالربح المجهول، وعلى هذا فلو أمر المالك العامل أن يطحن حِنْطَة مال القراض كان فاسخاً للعقد. والأظهر وإليه ميل الإمام، وهو المذكور في «التهذيب» أن القِرَاض بحاله، ويلتحق ذلك بما إذا زاد عبد القراض بكبر أو سمن، أو بتعلُّم صنعة، فإنه لا يخرج عن كونه مال القراض، ولكن العامل إذا استقلّ

بالطحن صار ضامناً، وعليه الغرم إن فرض نقص في الدقيق، فإن باعه لم يكن الثمن مضموناً عليه؛ لأنه لم تبعد فيه، ولا يستحق العامل بهذه الصناعات أجرة على المالك، ولو استأجر عليه أجيراً، فأجرته عليه، والربح بينه وبين المالك كما شرطا.

ومنها: لو قارضه على دراهم على أن يشتري بها نخيلاً، أو دواب، أو مستغلات، ويمسك زمامها رقابها لثمارها، أو نتاجها أو غلاتها، أو تكون الفوائد بينهما، فهو فاسد؛ لأنه ليس استرباحاً بطريق التجارة، والتجارة هي التصرف بالبيع والشراء، وهذه الفوائد تحصل من عين مال لا من تصرفه.

ومنها: لو شرط عليه أن يشتري شبكة الصيد ويصطاد بها، وليكون الصيد بينهما، فهو فاسد، ويكون الصيد للصائد، وعليه أجرة الشبكة.

وقوله في الكتاب: «العمل وهو عوض الربح» كأن المراد فيه أن قضية ملك المالك رأس المال وملكه الربح، فالقدر المشروط للعامل إنما ملكه عوضاً عن عمله للمالك، وربما يقال: رأس المال والعمل عوضان متقابلان، ونعني به أن رأس المال من المالك، والعمل من العامل يتقابلان، والربح يحصل من معاونتهما. **وقوله**: «فإنْ عقد القِرَاض على الحنطة ليربح بذلك فهو فاسد» أي الطحن والخبز، وفي الصورة التي صورها للفساد سبب آخر، وهو كون رأس المال عوضاً، وإنما الصورة التي تختصُّ بما نحن فيه أن يقارضه على دراهم على أن يشتري بها الحنطة، ويطحن ويخبز على ما سبق. **وقوله**: «أما النقل والوزن ولواحق التجارة بيع للتجارة.

معناه: أن هذه الأعمال وإن كان العامل يأتي بها على ما سنبين في الباب الثاني ما على العامل فليس ذلك كالطَّحْن والخبز، فإنها من توابع التجارة ولو احقها التي انبنى العقد لها.

قال الغزالي: **ثُمَّ لَوْ عَيَّنَ الخَزَّ الأَدْكَنَ أَوِ الخَيْلَ الأَبْلَقَ لِلتِّجَارَةِ عَلَيْهِ، أَوْ عَيَّنِ شَخْصاً لِلمُعَامَلَةِ مَعَهُ فَهُوَ فَاسِدٌ (ح و) لأَنَّه تُضَيِيقٌ وَلَوْ عَيَّنَ جِنْسَ الخَزِّ أَوِ البَزِّ جَازَ لأَنَّهُ مُعْتَادٌ.**

قال الرافعي: **الأمر الثاني**: ألاَّ يكون مضيقاً عليه بالتعيين[1]، فلو عين نوعاً

(١) كشراء متاع معين أو معاملة شخص إذ المتاع المعين قد لا يربح والشخص المعين قد لا يعامله وقد لا يجد عنده ما يظن أن فيه ربحاً قال في الحاوي: ويضر تعين الحانوت دون السوق لأن السوق كالنوع العام والحانوت كالعرض المعين.

(ينظر روضة الطالبين ٤/ ٢٠١)

للاتجار فيه، نظر إن كان مما يندر وجوده كاليَاقُوتِ الأحمر، والخَزّ الأَدْكَن، والخيل البُلْق[١]، والصيد حيث يوجد نادراً فسد القراض، فإن هذا تضييق يخل بقصوده، وإن لم يكن نادر الوجود، نظر إن كان يدوم شتاء وصيفاً، كالحبوب والحيوان والخَزّ والبَزّ، صح القراض، وإن لم يدم كالثمار الرطبة، فوجهان:

أحدهما: أنه لا يجوز، كما إذا قارضه مدة، ومنعه من التصرف بعدها، نعم لو قال: تصرف فيه، فإذا انقطع، فتصرف في كذا جاز.

وأصحهما: وبه قال أَبُو إِسْحَاقَ: أنه يجوز؛ لأنه لا يمنع التجارة في تلك المدة، ويخالف ما إذا قارضه مدة؛ لأنها قد تنقضي قبل أن يبيع ما عنده من العروض، وهذا النوع سهل التصرف فيه ما دام موجوداً، وإذا انقطع لم يَبْقَ عنده شيء ولو قال: لا تشتر إلاَّ هذه السلعة، أو إلاَّ هذا العبد، فسد القراض، بخلاف ما إذا قال: لا تشتر هذه السلعة وهذا العبد؛ لأن فيما سواهما مجالاً واسعاً، وكذا لو شرط ألا يبيع إلاَّ من فلان ولا يشتري إلاَّ منه لم يجز، ولو قال: لا تبع من فلان ولا تشتري منه جاز. وفي بعض شروح «المفتاح» أنه لا يجوز كما لو قال: لاتبع إلاَّ منه والمذهب الأول وبقولنا قال مالك. وقال أبو حَنِيْفَةَ وأَحْمَدُ: يجوز أن يعين سلعة للشراء، وشخصاً للمعاملة معه، كما في الوِكَالَةِ. وعن القاضي أبي الطَّيِّبِ أن المَاسَرجسي[٢] قال: إذا كان الشخص المعين بياعاً لا ينقطع عنده المتاع الذي يَتَّجِرُ على[٣] نوعه غالباً جاز تعيينه.

فرع:

في اشتراط تعيين نوع يتصرف فيه مثل الخلاف المذكور في الوِكَالةِ[٤]، والظاهر وهو الذي أورده في «النهاية» أنه لا يشترط؛ لأن الوكالة نيابة مِحْضَة، والحاجة تمس

---

(١) البَلَقُ: بلق الدابة. والْبَلَقُ: سِوادِ وبياض وكذلك الْبُلْقَةُ بالضم ابن سيده: الْبَلَقُ والْبُلْقَةُ مصدر الأَبْلَقِ ارتفاع التحجيل إلى الفخذين.

(ينظر لسأن العرب ١/ ٣٤٧)

(٢) الحسين بن محمد بن أحمد بن ماسرجس، أبو علي: من كبار حفاظ الحديث، من أهل نيسابور، قال ابن تغري يروي: كان جده (ماسرجس) نصرانياً وأسلم. وقال ابن الجوزي: في بيته وسلفه تسعة عشر محدثاً. وقال الحاكم: هو سفينة عصره في كثيرة الكتابة، وقال ابن عساكر: كان يُعرف بالزهرى الصغير. له «المسند الكبير» في ألف وثلاثمائة جزء، وهو أكبر ما صنف في موضوعه. و«المغازي والقبائل» وكتاب على «البخاري» وآخر على «مسلم». يُنظر: الأعلام ٢:٢٥٣، ٢٥٤، النجوم الزاهرة ٤: ١١١. البداية والنهاية ١١:٢٨٣، شذرات الذهب ٣: ٥٠.

(٣) في الروضة «في».

(٤) والفرق أن للعامل خطأ يحمله على بذل المجهود بخلاف الوكيل.

(ينظر روضة الطالبين ٤/ ٢٠٢)

إليها في الأشغال الخاصة، والقراض معاملة يتعلّق بها غرض كل واحد من المتعاقدين، فمهما كان العامل أبسط يداً كان أفضى إلى مقصودها.

فرع:

إذا جرى تعيين صحيح لم يكن للعامل مجاوزته، كما في سائر التصرفات المستفادة من الإذن، فالإذن في البَزّ يتناول ما يلبس من المنسوج من الإبريسم والقطن والكتان والصوف دون الفرش والبسط.

وفي الأكسية وجهان؛ لأنها ملبوسة، لكن بائعها لا يسمى بَزّازاً[(١)].

قال الغزالي: **وَلَوْ ضُيِّقَ بِالتَّأقِيتِ إِلَى سَنَةٍ مَثَلاً وَمُنِعَ مِنَ البَيْعِ بَعْدَهَا فَهُوَ فَاسِدٌ فَإِنَّهُ قَدْ لاَ يَجِدُ زُبُوناً قَبْلَهَا، وإِنْ قُيِّدَ الشِّرَاءُ وَقَالَ: لاَ تَشْتَرِ بَعْدَ السَّنَةِ وَلَكَ البَيْعُ فَوَجْهَانِ، إِذِ المَنْعُ عَنِ الشِّرَاءِ مَقْدُورٌ لَهُ في كُلِّ وَقْتٍ فَأَمْكَنَ شَرْطُهُ، فَإِنْ قَالَ: قَارَضْتُكَ سَنَةً مُطْلَقاً فَعَلَى أَيِّ القِسْمَيْنِ يَنْزِلُ فِيهِ وَجْهَانِ.**

قال الرافعي: **الأمر الثالث: ألاّ يضّيق بالتأقيت.**

واعلم أولاً أن القراض لا يعتبر فيه بيان المدة، بخلاف المُسَاقاة؛ لأن المقصود من المُسَاقاة ينضبط بالمدة، فإن للثمر وقتاً معلوماً، والمقصود من القِرَاض ليس له مدَّة مضبوطه، فلم يشترط فيه التأقيت، ولو أقَّت وقال: قارضتك سنة، فينظر إن منعه من التصرف بعدها مطلقاً، أو من البيع فهو فاسد؛ لأن يخل بمقصود العقد، ويخالف مقتضاه.

أما الأول: فلأنه قد لا يجد راغباً في المدة، فلا تحصل التجارة والربح.

وأما الثاني: فلأنه قد يكون عنده عروض عند انقضاء السنة وقضية القراض أن ينص العامل ما في يده لآخر الأمر ليتميز رأس المال من الربح.

وإن قال: عَلَيَّ ألا أشترى بعد السنة، ولك البيع فوجهان.

أحدهما: المنع؛ لأن ما وضعه على الإطلاق من العقود لا يجوز فيه التأقيت، وهذا الوجه ذكر الإمام أن العراقيين نسبوه إلى أبي الطَّيبِ ابْنِ سَلَمَةَ، ولا يكاد يوجد ذلك في كتبهم، نعم يقولون: إن أبا الطيب النساوي حكاه عن إبي إِسْحَاقَ فيما علق من الزيادات على الشرح، فكأنه اشتبه عليه أبو الطيب بأبي الطيب. **وأصحهما:** الجواز؛ لأن المالك يتمكّن من منعه من الشراء مهما شاء، فجاز أن يتعرض له في العقد،

---

(١) قال النووي: أصحّهما المنع. ينظر الروضة ٤/ ٢٠٢

بخلاف المنع من البيع، ولو اقتصر على قوله: قارضتك سنة، فوجهان:

أصحهما: المنع، لأن قضية انتهاء القراض امتناع التصرف بالكلية، ولأن ما يجوز أن فيه الإطلاق من العقود لا يجوز فيه التأقيت، كالبيع والنكاح.

والثاني: يجوز، ويحمل على المنع من الشراء باستدامة العقد.

ولو قال: قارضتك سنة على ألاّ أملك الفسخ قبل انقضائها، فهو فاسد، ولا يجوز أن يعلّق القراض فيقول: إذا جاء رأس الشهر، فقد قارضتك كما لا يجوز تعليق البيع ونحوه. ولو قال: قارضتك الآن ولكن لا تتصرف حتى يجيء رأس الشهر، ففي وجه يجوز كالوِكَالَةِ.

والأصح: يمنع كما لو قال: بعتك بشرط ألا تملك إلاّ بعد شهر.

قال الغزالي: **الثَّالِثُ: الرِّبْحُ وَشَرَائِطُهُ أَرْبَعٌ: وَهِيَ أَنْ يَكُونَ مَخْصُوصاً بِالعَاقِدَيْنِ مُشْتَرَكاً مَعْلُوماً بِالجُزْئِيَةِ لاَ بالتَّقْدِيرِ، وَعَنَيْنَا بِالخُصُوصِ أَنَّهُ لَوْ أُضِيفَ جُزْءٌ مِنَ الرِّبْحِ إِلىَ ثَالِثٍ لَمْ يَجُزْ، وَبِالاشْتِرَاكِ أَنَّهُ لَوْ شُرِط الكُلُّ لِلْعَامِلِ أَوْ لِلْمَالِكِ فَهُوَ فَاسِدٌ (م)، وَبِكَوْنِهِ مَعْلُوماً احْتَرَزْنَا نَاعَمَّاً إِذَا قَالَ: لك مِنَ الرِّبْحِ مَا شَرَطَهُ لِفُلاَنٌ فإِنَّهُ مَجْهُولٌ، وَلَوْ قَالَ: عَلَى أَنَّ الرِّبْحِ بَيْنَنَا وَلَمْ يَقُلْ: نِصْفَيْنِ فَالأَظْهَرُ: (و) التَّنْزِيلُ عَلىَ التَّنْصِيفَ لِيَصِحَّ، وَاحْتَرَزْنَا بِالْجُزْئِيَةِ عَمَّا إِذا قَالَ: لَكَ مِنَ الرِّبْحِ مِائَةٌ أَوْ دِرْهَمٌ أَوْ لي دِرْهِم وَالبَاقِي بَيْنَنَا فَكُلُّ ذَلِكَ فَاسِدٌ إِذْ رُبَّمَا لاَ يَكُونُ الرِّبْحُ إلاَّ ذَلِكَ المِقْدَارِ.**

قال الرافعي: في الربح شروط:

أحدها: أن يكون مخصوصاً بالمتعاقدين، فلو شرط بعضه لثالث، فقال: على أن يكون ثلثه لك، وثلثه لي، وثلثه لزوجتي، أو لأمي أو لابني أو لأختي أو لأجنبي لم يصح القراض، لأنه ليس بعامل، ولا مالك للمال، إلاّ أن يشترط عليه العمل معه، فيكون قراضاً مع رجلين. ولو كان المشروط له عبداً، لمالك أو العامل، كان ذلك مضموناً للمالك، أو العامل على ما تقدم.

ولو قال: نصف الربح لك، ونصفه لي، ومن نصيبي نصفه لزوجتي صح القراض، وهذا وعد منه لزوجته. ولو قال للعامل: لك كذا على أن تعطي ابنك أو امراتك نصفه، فعن القاضي أَبي حَامِدٍ إن ذكره شرطاً فسد القراض، وإلاّ لم يفسد.

الثاني: أن يكون مشتركاً بينهما، فلو قال: قارضتك على أن يكون جميع الربح لك، ففي حكمه وجهان:

أصحهما: أنه قراض فاسد رعاية للفظ.

والثاني: أنه قراض صحيح رعاية للمعنى، ويروى هذا عن أبي حَنيفَةَ، ولا يجيء الوجه الثاني في مثله من المُسَاقَاةِ لتعذُّر القراض.

ولو قال: قارضتك على أن الربح كله لي، فهو قراض فاسد، أو إِبضاع[1]؟ فيه وجهان. وعن مالك ـ رضي الله عنه ـ أنه يصح القِرَاض في الصورتين، ويجعل كأن الآخر وهب نصيبه من المشروط له.

ولو قال: أبضعتك على أن نصف الربح لك، فهو إبضاع، أو قراض؟ فيه الوجهان. ولو قال: خذ هذه الدراهم، فتصرف فيها، والربح كله لك، فهو قرض صحيح عند ابْنِ سُرَيْجٍ والأكثرين، بخلاف مالو قال: قارضتك على أن الربح كله لك؛ لأن اللفظ يصرح بعقدٍ آخر. وقال الشيخ أَبُو مُحمَّدٍ: لا فرق بين الصورتين.

وعن القاضي الحُسَيْنِ أن الربح والخسران للمالك، وللعامل أجرة المثل، ولا يكون قرضاً؛ لأنه لم يملكه ولو قال: تصرف فيها والربح كله لي، فهو إبضاع.

الثالث: أن يكون معلوماً، فلو قال: قارضتك على أن لك في الربح شركة أو شِرْكاً أو نصيباً فسد. ولو قال: لك مثل ما شرطه فلان لفلان، فإن كانا عالمين بالمشروط لفلان صح، وإن جهلاه أو أحدهما فسد.

ولو قال: على أن الربح بيننا، ولم يقل: نصفين فوجهان:

أحدهما: الفساد؛ لأنه لم يبين ما لكل واحد منهما فأشبه ما إذا اشترط أن يكون الربح بينهما أثلاثاً، ولم يبين من له الثلثان، ومن له الثلث.

وأظهرهما: على ما ذكره في الكتاب، وبه أجاب الشيخ أَبُو حَامِدٍ، وحكاه عن ابْنِ سُرَيْجٍ أنه يصح، وينزل على النصف، كما لو قال: هذه الدراهم بيني وبين فلان يكون إقراراً بالنصف.

ولو قال: على أن ثلث الربح لك، وما بقي فثلثه لي، وثلثاه لك صح، وحاصله اشتراط سبعة أتساع الربح للعامل والحساب من عدد لثلثه ثلث وأقله تسعة، وهذا إذا علما عند العقد أن المشروط للعامل بهذه اللفظة كم هو؟ فإن جهلاه أو أحدهما فوجهان: **أحدهما**: عن صاحب «التقريب» والذي أورده صاحب «الشامل» منهما الصِّحة لسهولة معرفة ما تضمنه اللفظ.

ويجري الخلاف فيما إذا قال: على أن لك من الربح سدس ربع العشر، وهما لا يعرفان قدره عند العقد، أو أحدهما.

---

(١) الإيضاع بعث المال مع من يتجر فيه متبرعاً والبضاعة المال المبعوث.

والرابع: أن يكون العلم به من حيث الجزئية، لا من حيث التقدير، فلو قال: لك من الربح، أو لي منه درهم أو مائة، والباقي بيننا بالسُّويَّه فسد القراض؛ لأنه ربما لا ربح إلاَّ ذلك القدر، فيلزم اختصاص أحدهما بكل الربح، وكذا لو قال: لك نصف الربح سوى درهم، وكذا لو شرط أن يوليه سلعة كذا إذا اشتراها برأس المال؛ لأنه ربما لا يربح إلاَّ عليها، وكذا لو شرط أنه يلبس الثوب الذي يشتريه، ويركب الدابة التي يشتريها؛ لأن القراض جوز على العمل المجهول بالعوض المجهول للحاجة، ولا حاجة إلى ضم ما ليس من الربح إليه، ولأنه ربما ينقص بالاستعمال، ويتعذر عليه التصرف فيه. ولو شَرَطَا اختصاص لو أحدهما بربح صنف من المال، فسد أيضاً لأنه ربما لا يحصل الربح إلاَّ فيه وكذا لو شرط أحد الألفين لهذا، وربح الألف الثاني لهذا، وشرط أن يكون الألفان متميزين، ولو دفعهما إليه، ولا تمييز وقال: ربح أحد الألفين لي، وربح الآخر لك، فعن بعض الأصحاب أنه يصح، ولا فوق بينه وبين أن يقول: نصف ربح الألفين لك.

والأظهر، ويحكي عن ابنِ سُرَيْج أنه فاسد؛ لأنه خصصه بربح بعض المال، فأشبه ما إذا كان الألفان متميزين، وما إذَا دفع إليه ألفاً على أن يكون له ربحها ليتصرف له في ألف آخر.

قال الغزالي: **الرَّابِعُ: الصِّيغَةُ وَهِيَ أَنْ يَقُولَ قَارَضْتُكَ أَوِ ضَارَبْتُكَ أَوْ عَامَلْتُكَ عَلَى أَنَّ الرِّبْحِ بَيْنَنَا نِصْفَيْنِ فَيَقُولُ: قَبِلْتُ، وَلَوْ قَالَ: عَلَى أَنَّ النِّصْفَ لِي وَسَكَتَ عَنِ العَامِلِ فَسَدَ (و)، وَلَوْ قَالَ: عَلَى أَنَّ النِّصْفَ لَكَ وَسَكَتَ عَنْ جَانِبِ نَفْسِهِ جَازَ.**

قال الرافعي: القِرَاضُ والمُضَارَبَة والمُعَامَلَة ألفاظ مستعملة في هذا العقد، وإذا قال: قارضتك، أو ضاربتك، أو عاملتك على أن الربح بيننا كذا كان إيجاباً صحيحاً، ويشترط فيه القبول على التواصل المعتبر في سائر العقود.

ولو قال: خذ هذه الدراهم، واتَّجِرْ عليها على أن الربح بيننا كذا.

ففي «التهذيب» أنه يكون قِراضاً، ولا يفتقر إلى القبول، وهذا حكاه الإمام عن القاضي الحُسَيْنِ ثم قال: وقطع شيخي والطبقة العظمى من نقلة المذهب أنه لا بد من القبول بخلاف الجُعَالَةِ والوكالة فإن القراض، عقد مُعَاوَضَة يختص بمعين، فلا يشبه الوكالة التي هي إذن مجرد، والجعالة التي يتهم فيها العامل، فإن قال: قارضتك على أن نصف الربح لي، وسكت عن جانب العامل فوجهان:

أحدهما: أنه يصح، ويكون النصف الآخر للعامل؛ لأنه الذي يسبق إلى الفهم منه، ولهذا قال ابْنُ سُرَيْجٍ.

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب، وبه قال المُزَنِيُّ أنه لا يصح، لأن الربح فائدة رأس المال، فيكون للمالك إلاّ إذا نسب منه شيء إلى العامل، ولم ينسب إليه شيء. ولو قال: على أن نصف الربح لك، وسكت عن جانب نفسه، فالصحيح الجواز، وما لا ينسب إلى العامل يكون للمالك بحكم الأصل بخلاف الصورة السابقة.

وفي «النهاية» ذكر وجه ضعيف: أنه لا يصح حتى تجري الإضافة في الجزءين إلى الجانبين. وإذا قلنا بالصحيح فلو قال: على أن لك النصف ولي السدس، وسكت عن الباقي صح، وكان الربح بينهما نصفين، كما لو سكت عن ذكر جميع النصف.

قال الغزالي: **الرُّكْنُ الخَامِسُ وَالسَّادِسُ: وَالعَاقِدَانِ وَلاَ يُشْتَرَطُ فِيهِما إلاَّ مَا يُشْتَرَطُ في الوَكِيلِ وَالمُوَكِّلِ، نَعَمْ لَوْ قَارَضَ العَامِلُ غَيْرَهُ بِمِقْدَارِ مَا شَرَطَ لَهُ بِإِذْنِ المَالِكِ فَفِيهِ وَجْهَانِ لأنَّ وَضْعَ القِرَاضِ أنْ يَدُوَرَ بينَ عَامِلٍ وَمَالِكٍ.**

قال الرافعي: صاحب الكتاب رحمة الله قد يعد العاقدين ركنين، كما فعل هاهنا، وفي الوِكَالَةِ، وقد يعد العاقد مطلقاً رُكْناً واحداً، كما فعل «البيع» و «الرهن»، والفرض الأصلي لا يختلف، لكنه لو استمر على طريقة واحدة كان أحسن.

وفقه الفصل أن القِرَاضَ توكيل وتوكّل[١] في شيء خاص وهو التجارة، فيعتبر [في العامل والمالك ما يعتبر في الوكيل والموكل، فكما يجوز لولي الطفل التوكيل في أجور الطِّفل، كذلك يجوز لولي[٢]] الطفل والمجنون أن يقارض على مالها، يستوي فيه الأب والجد ووصيهما، والحاكم وأمينه، وهل يجوز لعامل القراض أن يقارض غيره.

أما بإذن المالك، فقد ذكره هاهنا، وأعاده مرة أخرى في الباب الثاني مع القسم الآخر، وهو أن يقارض بغير إذن المالك، ونحن نشرح المسألة بقسميها هناك إن شاء الله تعالى.

قال الغزالي: **وَلَوْ كَانَ المَالِكُ مَرِيضاً وَشَرَطَ مَا يَزِيدُ عَلَى أُجْرَةِ المِثْلِ لِلعَامِلِ لَمْ يُحْسَبْ مِن الثُلث لأنَّ التَّفْوِيت هُوَ المُقَيَّدُ بِالثُلثُ وَالرِّبْحُ غَيْرُ حَاصِلٍ، وَفِي نَظِيرِهِ مِنَ المُسَاقَاةِ خِلاَفٌ (و)، لأنَّ النَّخِيلَ قَدْ تُمِّر بِنَفْسِهِ فَهُوَ كَالحَاصِلِ، وَلوْ تَعَدَّدَ العَامِلُ وَاتَّحَدَ المَالِكُ أَوْ بِالعَكْسِ فَلاَ حَرَجَ.**

---

(١) فيشترط أهلية التوكيل في المالك وأهلية التوكل في العامل فلا يكون واحد منهما سفيهاً ولا صبياً ولا مجنوناً ولا رقيقاً بغير إذن سيده.

(٢) سقط في ب.

قال الرافعي: فيه مسألتان:

إحداهما: لو قارض في مرض موته صح، وإذا ربح العامل سلم له الجزء المشروط، وإن زاد على أجرة مثل عمله، ولا يحسب من الثلث؛ لأن المحسوب من الثلث ما يفوته من ماله، والربح ليس حاصل حتى يفوته، وإنما هو شيء يتوقع حصوله، فإذا حصل حصل بتصرفات العامل وكسبه.

ولو ساقاه في مرض الموت، وزاد الحاصل على أجرة المثل فوجهان:

أحدهما: أنه لا يحتسب من الثلث أيضاً؛ لأنه لم يكن حينئذ ثمرة، وحصولها منسوب إلى عمل العامل وتعهده.

وأشبههما: احتساب الزيادة من الثلث؛ لأن للثمار وقتاً معلوماً ينتظر، وهي قد تحصل من عَيْنِ النخيل من غير عمل، فكانت كالشَّيء الحاصل، بخلاف الأرباح الثانية يجوز أن يقارض الواحد اثنين والعكس، ثم إذا قارض الواحد اثنين، وشرط لهما نصف الربح بالسوية جاز، ولو شرط لأحدهما ثلث الربح[1]، وللآخر ربعه، فإن أبهم لم يجز، وإن عين الثلث لهذا، والربع لهذا جاز؛ لأن عقد الواحد مع اثنين كعقدين.

وقال مَالِكٌ: لا يجوز لاشتراكهما في العمل.

وقال الإمام: وإنما يجوز أن يقارض اثنين إذا ثبت لكل واحد منهما الاستقلال، فإن شرط على كل واحد منهما مراجعة الآخر لم يجز.

وما أرى أن الأصحاب يساعدونه عليه[2]، وإذا قارض اثنان واحداً، فليبينا نصيب العامل من الربح، ويكون الباقي بينهما على قدر ماليهما[3] ولو قالا: لك من نصيب أحدنا من الربح الثلث، ومن نصيب الآخر الربع، فإن أبهما لم يجز، وإن عينا وهو عالم بقدر كل واحد منهما جاز، إلاّ أن يشترطا كون الباقي بين المالكين على غير ما تقتضيه نسبة المالين كافية من شرط الربح لمن ليس بمالك، ولا عامل.

وعن أبي حنيفة تجويز هذا الشرط.

قال الغزلي: **وَمَهمَا فَسَدَ القِرَاضُ بِفَوَاتِ شَرطٍ نَفَذَ التَّصَرُفَاتِ وَسَلَّمَ كُلَّ الربح**

---

(١) في ط نصف.

(٢) قال في المهمات: والأمر كذلك وقال البلقيني وأقاله الإمام: الأصحاب يساعدونه عليه فالوجه القطع به فإن من شرط القراض الاستقلال بالتصرف وهنا ليس كذلك.

(٣) فإن كان مال أحدهما ألفين والآخر ألفاً وشرطاً للعامل نصف الربح أقتسما نصفه الآخر بينهما أثلاثاً على نسبه ماليهما.

لِلمَالِكِ، وَلِلعَامِلِ أُجْرَةُ مِثْلِهِ إلاَّ إِذَا فَسدَ بِأَنْ شَرَطَ كُلَّ الرِّبْحِ لِلمَالِكِ فَفِي ٱسْتِحْقَاقِهِ الأُجْرَةَ وَجْهَانِ؛ لأنَّهُ لَمْ يَطْمعَ فِي شَيْءٍ أَصْلاً.

قال الرافعي: لما قضى حق القول في الأمور المعتبرة في القراض بَيَّن حكمه إذا فسد يتخلف بعض الشروط، وله ثلاثة أحكام.

أحدها: نفوذ تصرفاته نفوذها لو كان القراض صحيحاً؛ لأنه يتصرف بالإذن، والإذن موجود، وهذا كما أن تصرف الوكيل نافذ مع فساد الوكالة، وليس كما إذا أفسد البيع لا ينفذ تصرف المشتري؛ لأن المشتري إنما يتصرف بالملك، ولا ملك في البيع الفاسد[1].

والثاني: سلامة الربح كله للملك بتمامه للمالك، لأنه فائدة ماله، وإنما يستحق العامل بعضه بالشراط بالعقد الصحيح.

والثالث: استحقاق العامل أجرة مثل عمله، سواء كان في المال ربح، أو لم يكن، لأنه عمل طبعاً في المسمى، فإذا لم يسلم إليه وجب أن يرد عمله عليه وإن متعذر، فتجب قيمته، كما إذا اشترى شيئاً شراء فاسداً، وقبضه فتلف تلزمه قيمته.

وعن مالك أنه إن لم يحصل منه ربح، فلا شيء له، وإن حصل له، فله ما يقارض به مثله في محل ذلك المال، وهذه الأحكام مطردة في صورة الفساد، نعم لو قال: قارضتك على أن جميع الربح لي، وفرعنا على أنه قِرَاضٌ فاسد لا إبضاع، ففي استحقاق العامل أجرة المثل وجهان.

أحدهما: يستحق كما سائر أسباب الفساد[2].

وأصحهما: قال المزني المنع، لأنه عمل مجاناً غير طامع في شيء.

فرع:

قال المزني في «المختصر» لو دفع إليه ألف درهم، وقال: اشتر بها هرويًا أو مرويًا بالنصف، فهو فاسد، واختلفوا في تعليله.

فالأصح: وفى وهو سياق الكلام ما يقتضيه أن الفساد باعتبار أنه تعرض للشراء دون البيع، وهذا جواب على أصح الوجهين أن التعرض للشراء لا يغني عن التعرّض للبيع، بل لا بد من لفظ المُضَاربة ونحوها ليتناول البيع والشراء، أو من التصريح

(١) هذا إذا قارضه المالك بماله أما إذا قارضه بمال غيره بوكالة أو ولاية فلا قاله الأذرعي.

(٢) صححه ابن الرفعة.

بالشراء والبيع جميعاً، وإذا اقتصر على الشراء، فللمدفوع إليه الاقتصار على الشراء، دون البيع، والربح كله للمالك، والخسران عليه.

وفيه وجه: أن التعرض للشراء كافٍ، وهو ينبه على البيع بعده، وفيما إذا أتى بلفظ المُضَاربة والقراض أيضاً حكاية وجه ضعيف في «النهاية» أنه كما لو قال: اشتر، ولم يتعرض للبيع. وقيل: سبب الفساد في تصوير المزني أنه قال بالنصف، ولم يبين لمن النصف هو؟ فيحتمل أنه أراد شرطه لنفسه، وحينئذ يكون نصيب العامل مسكوتاً عنه، فيفسد العقد. واعترض ابْنُ سُرَيْجٍ على هذا بأنَّ الشرط ينصرف إلى العامل، لأن المالك يستحق بالمال لا بالشرط. وعَنِ ابْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ أن سبب الفساد أنه تردَّد بين النوعين، ولم يعين واحداً، ولا أطلق التصرف في أجناس الأمتعة.

واعترض القاضي الحُسَيْنِ عليه أنه لو عَيّن أحدهما لحكمنا بالصِّحة، فإذا ذكرهما على الترديد فقد زاد العامل بسطةً وتخييراً فينبغي أن يصح بطريق الأولى[١].

وقيل: سببه أن القراض إنما يصح إذا أطلق له التصرف في الأمتعة، أو عين جنساً يعم وجوده، والهرويّ والمرويّ ليسا كذلك، وهذا القائل كأن يفرض في بلد لا يعمَّان به. وقال الإمام: يجوز أن يكون سبب الفساد أنه أرسل ذكر النصف، ولم يقل بالنصف من الربح.

قال الغزالي: البَابُ الثَّاني في حُكْمِ القِرَاضِ الصَّحِيحِ

وَلَهُ خَمْسَةُ أَحْكَام: الحُكْمُ الأَوَّلُ ـ أنَّ العَامِلَ كَالوكيلِ في تَقْيِيدِ تَصَرُّفِهِ بِالغِبْطَةِ، فَلاَ يَتَصَرَّفُ بِالغَبْنِ وَلاَ بِالنَّسِيئَةِ بَيعاً وَلاَ شِرَاءَ إِلاَّ بِالإِذْنِ، وَيَبِيعُ بِالعَرْضِ فَإِنَّهُ عَيْنُ التِّجَارَةِ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الرَّدُّ بِالعَيْبِ، فَإِنْ تَنَازَعَا فَقَالَ العَامِلُ: يَرُدُّ وَامْتَنَعَ رَبُّ المَالِ أَوْ بِالعَكْسِ فَيُقَدَّمُ جَانِبُ الغِبْطَةِ وَلاَ يُعَامِلُ العَامِلُ المَالِكَ، وَلاَ يَشْتَرِي بِمَالِ القِرَاضِ أَكْثَرَ مِنْ رَأْسِ المَالِ، وَإِنِ اشْتَرَى لَمْ يَقَعْ لِلقِراضِ، وَانْصَرَفَ إِلَيْهِ إِنْ أَمْكَنَ.

قال الرافعي: من أحكام القراض تقييد تصرف العامل بالغِبْطَة، كتصرف الوكيل ثم الغِبْطَة والمصلحة قد تقتضي التسوية بينهما، وقد تقتضي الفرق، وبيع العامل وشراؤه بالغَبْنِ كبيع الوكيل[٢] بلا فرق، ولا يبيع نسيئة بدون الإذن، ولا يشتري أيضاً، لأنه ربما

(١) قال النووي: هذا الإعتراض ليس بمقبول، لأن حاصلة أنه حمل لفظة «أو» على التخيير، وابن أبي هريرة ينكر ذلك ويقول: إنما أذن في أحدهما وشك في المراد. ينظر الروضة ٤/٢٠٦.

(٢) يقتضي أنه يحتمل الغبن اليسير. قال الأذرعي في القوت: وأعلم أن قضية كلامهم هنا أن الغبن اليسير يحتمل من غير فرق بين مالك ومالك، وفي الحج من النهاية أو غيرة إطلاق القول بأنه لا =

يهلك رأس المال فتبقى العهدة متعلقة به، فإن أذن في البيع نسيئة، ففعل وجب عليه الإشهاد[١]، ويضمن لو تركه، ولا حاجة إليه في البيع حالاً، لأنه يحبس المبيع إلى استيفاء الثمن، ولو سلمه قبل استيفاء الثمن، ضمن كالوكيل، فإن كان مأذوناً في التسليم قبل قبض الثمن سلمه، ولم يلزمه الإشهاد؛ لأن العادة ما جرت بالإشهاد في البيع الحالّ[٢]، ويجوز للعامل أن يبيع بالعرض، بخلاف الوكيل لأن المقصود من القراض الاسترباح بالعرض طريق فيه، وكذلك له شراء المعيب إذا رأى فيه ربحاً بخلاف الوكيل، فإن اشتراه بقدر قيمته قال في «التتمة»: فيه وجهان؛ لأن الرغبات في المعيبّ[٣] تقل.

وإن اشترى شيئاً على ظنّ السّلامة، فَبَانَ معيباً فله أن ينفرد بردّه، وإن كانت الغِبْطَة فيه، ولا يمنعه منه رضا المالك بخلاف الوكيل؛ لأن العامل صاحب حق في المال، وإن كانت الغِبْطَة في إمساكه، ففي «النهاية» وجهان في تمكّنه من الرد.

وأظهرهما: المنع لإخلاله بمقصود العقد، وحيث ثبت الرد للعامل ثبت للمالك بطريق الأولى، ثم الذي حكاه الإمام أن العامل يرد على البائع، وينقص البيع.

وأما المالك فينظر إن كان الشراء بِعَيْنِ مال القراض فكمثل، وإن اشترى العامل في الذّمّة، فيصرفه المالك عن مال القراض وفي إنصرافه إلى العامل ما سبق في اصراف العقد إلى الوكيل إذا لم يقع الموكل، ولو تنازع المالك والعامل في الرد، وتركه فعل، فيه الحظ[٤]. ولا يجوز للمالك معاملة العامل بأن يشتري من مال القِرَاض شيئاً؛ لأنه ملكه كما أن السيد لا يعامل المأذون. ولا يجوز أن يشتري بمال القراض أكثر من رأس المال؛ لأن المالك لم يرض بأن يشغل العامل ذمته إلاّ به فلو فعل لم يقع ما زاد عن جهة القِرَاض[٥] حتى لو دفع إليه مائة قراضاً فاشترى عَبْداً بمائة، ثم آخر بمائة للقراض

= يجوز بيع مال المحجور عليه بغبن وإن قل جداً، ثم قال ـ أعني الأذرعي ـ ويمكن حمله على مال القنية لا التجارة إذا كانت المصلحة في بيعه كذلك لكساده أو استبدال ما فيه ربح أو خشية فساده.

(١) وقياس ما في الوكالة بأداء الدين ونحوه الاكتفاء بشاهد واحد وبمستور. قاله الإسنوي.

(٢) قال الماوردي: ولا يجوز عند الإذن بالنسيئة أن يشتري أو يبيع مسلماً لأن عقد السلم أكثر غرراً، نعم إن أذن له الشراء سلماً، جاز أو في البيع سلماً لم يجز، وفرق بينهما بوجود الحظ غالباً في الشراء دون البيع، الأوجه كما قاله زكريا الأنصاري جواز في صورة البيع أيضاً لوجود الرضا من الجانبين.

(٣) في ط ما تقل قال النووي الأصح الجواز إذا رأى المصلحة. ينظر الروضة (٤/٢٠٧).

(٤) لأن كلاً منهما له حق قال في الاستقصاء: ويتولى الحاكم ذلك.

(٥) قال في الخادم: هذا قبل أن يربح أما إذا حصل في المال ربح فلا مانع من أن يشتري بمقدار ما بيده من رأس المال والربح جميعاً.

أيضاً لم يقع الثَّاني للقراض، ولكن ينظر إن اشتراه بعين المائة، فالشراء باطل سواء اشترى الأول بعين المائة، أو في الذمة،

أما إذا اشترى بعين المائة فلصيرورتها ملكاً للبائع الأول.

وأما إذا اشترى في الذمة، فلصيرورتها مستحقّة الصرف إلى العقد الأول، وإن اشترى العبد الثاني في الذمة لم يبطل، ولكن ينصرف إلى العامل حيث ينصرف شراء الوكيل المخالف إليه، وإذا انصرف العبد الثاني إلى العامل فإن صرف مائة القراض إلى ثمنه، فقد تعدّى، ودخلت المائة في ضمانه، لكن العبد يبقى أمانه في يده، لأنه لم يتعدّ فيه، فإذا تلفت المائة نظر إن كان الشراء الأول بعينها انفسخ، وإن وكان في الذمة لم ينفسخ، ويثبت للمالك على العامل، مائة والعبد الأول للمالك، وعليه لبائعة مائة فإن أداها العامل بإذن المالك، وشرط له[1] الرجوع ثبتت له مائة على المالك، ووقع الكلام في التّقاصّ، وإن أدى بغير إذنه برىء المالك عن حق بائع العبد ويبقى حقه على العامل، ويجوز أن يعلّم قوله من لفظ الكتاب: «فلا يتصرف بالغَبْن ولا بالنَّسيئة ـ بالحاء ـ لأن أبا حنيفة يخالف فيه كما ذكرنا في الوكالة.

قال الغزالي: **وَلَوِ اشْتَرَيَ مَنْ يُعْتَقُ عَلَى المَالِكِ لَمْ يَقَعْ عَنِ المَالِك فإنَّهُ نَقِيضُ التِّجَارَةِ، وَلَو اشْتَرَى زَوْجَةَ المَالِكِ فَوَجْهَانِ، وَالوَكِيلُ بِشِراءِ عَبْدٍ مُطْلَقٍ إِنِ اشْتَرَى مَنْ يُعْتَقُ عَلَى المُوَكِّلَ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالعَبْدُ المَأْذُونُ إنْ قِيلَ لَهُ: اشْتَرِ عَبْداً فَهُوَ كَالوَكِيلِ، وَإِنْ قِيلَ لَهُ: اتَّجِرْ فَهُوَ كَالعَامِلِ، وَإِن اشْتَرَى العَامِلُ قَرِيبَ نَفْسِهِ وَلاَ رِبْحَ فِي المَالِ صَحَّ، وَإِنِ ارْتَفَعَتِ الأَسْوَاقُ وَظَهَرَ رِبْحٌ وَقُلْنَا يَمْلِكُ بِالظُّهُورِ عَتَقَ حِصَّتَهُ (و) وَلَمْ يَسْرِ إِذْ لاَ اخْتِيَارَ فِي ارْتِفَاعِ السُّوقِ، وَإِنْ كَانَ فِي المَالِ رِبْحٌ وَقُلْنَا: لاَ يَمْلِكُ بِالظُّهُورِ صَحَّ وَلَمْ يُعْتَقْ، وَإِنْ قُلْنَا يَمْلِكُ فَفِي الصِّحَّةِ وَجْهَانِ لأنَّهُ مُخَالِفٌ لِلتِّجَارَةِ، فَإِنْ صَحَّ عَتَقَ (و) حِصَّتَهُ وَسَرَى إِلَى نَصِيبِ المَالِكِ لأَنَّ المُشْتَرِي مُخْتَارٌ وَغُرْمَ لَهُ حِصَّتَهُ.**

قال الرافعي: مضمون الفصل مسألتان:

إحداهما: إذا اشترى العامل مَنْ يعتق على المالك، فإما أن يشتريه بإذن المالك، أو بغير إذنه.

أما الحالة الأولى فيصح الشراء، ثم إن لم يكن في المال ربح عتق عن المالك، وارتفع القراض إن اشتراه بجميع مال القراض، وخيار رأس المال الباقي إن اشتراه

---

(١) سقط في ب.

ببعضه، وإن كان في المال ربح ينبني على أن العامل متى يملك نصيبه من الربح؟

وإن قلنا: يملك بالقسمة عتق أيضاً، وغرم المالك نصيبه من الربح، وكأنه استرد طائفة من المال بعد ظهور الربح، وأتلفه.

وإن قلنا: إنه يملك بالظُّهور عتق منه حصّة رأس المال، ونصيب المالك من الربح، ويسري إلى الباقي إن كان موسراً، أو يغرمه وإن كان معسراً بقي رقيقاً.

وفيه وجه: أنه إذا كان في المال ربح، وقد اشتراه ببعض مال القراض، نظر إن اشتراه بِقَدْرِ رأس المال عتق، وكان المالك استرد رأس المال، والباقي ربح يتقاسمانه على قضية الشرط، وإن اشتراه بأقل من رأس المال، فهو محسوب من رأس المال، وإن اشتراه بأكثر حسب قدر رأس المال من رأس المال، والزيادة من حصة المالك، وما أمكن، والظاهر الأول وهو وقوعه سائغاً على ما سنذكره في استرداد طائفة من المال بعد الربح، والحكم فيما إذا أعتق المالك عبداً من مال القراض كالحكم في شراء العالم من يعتق عليه بإذنه.

الحالة الثانية: أن يشتريه بغير إذن المالك، وهي التي قصدها صاحب الكتاب، فلا يقع الشراء عن المالك بحال؛ لأن مقصود العقد تحصيل الربح، وفي شراء من يعتق عليه تفويت رأس المال أيضا، لكن ينظر إن اشتراه بعين مال القراض بطل من أصله، وإن اشتراه في الذمة وقع عن العامل، ولزمه الثمن من ماله، فإن أدّاهُ من مال القراض ضمن. ولو اشترى العامل زوجة المالك، أو زوج المالكة بغير إذنها فوجهان:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة أنه يصح؛ لأنه اشترى له ما يتوقع فيه الربح، ولا يتلف رأس المال.

وأظهرهما: ويحكى عن نصه في «الاملاء»: المنع؛ لأنه لو ثبت الملك لانفسخ النكاح، وتضرر به، والظاهر أنه لا يقصده بالإذن، وإنما يقصد مال فيه حظ، فعلى هذا الحكم كما لو اشترى من يعتق على المالك بغير إذنه. وإذا وَكَّل وكيلاً بشراء عبد، فاشترى من يعتق على الموكل، ففي وقوعه عن الموكل وجهان نقلهما الإمام:

أحدهما: المنع؛ لأن الظاهر أنه يطلب عبد تجارة أو عبد قنية، وبشراء من يعتق عليه لا يحمل واحداً من الوصفين.

وأظهرهما: وهو الذي أورده الجمهور: الوقوع له لأن اللفظ [شامل وقد يرضى بعيد][1] إن بقي له انتفع به، وإن أعتق عليه ناله ثوابه، وإنما أخرجناه عن التناول

---

(١) سقط في ط وفيها بدل «شامل» يتناول وكلاهما صحيح.

بالقِرَاض لقرينة غرض التجارة. فإن قلنا بالأول بطل الشراء إن اشتراه بعينه، وإلاَّ وقع عن الوكيل، والعبد المأذن له في التجارة إن اشترى من يعتق على سيده بإذن السيد صح، وعتق عليه إن لم يركبه دَيْن، وإن ركبه الديون ففي العتق قولان، لأن ما في يده كالمرهون بالديون. وإن اشترى بغير إذنه، فقولان منصوصان:

أحدهما: أنه يصح ويعتق عليه، لأن العبد لا يمكنه الشراء لنفسه، وإنما يشتري لسيده، فإذا أطلق الإذن انصرف ما يشتريه إليه مقيداً كان أو غير مقيد، والعامل يمكنه الشراء، لنفسه، كما يمكنه الشراء للمالك، فما لا يقع مقصوداً بالإذن ظاهراً ينصرف إلى العامل.

وأصحهما، وهو اختيار المُزَنِيُّ أنه لا يصح كما في حق العامل؛ لأن السيد إنما أذن في التجارة، وهذا ليس من التجارة في شيء، ورأى الإمام القطع بهذا القول فيما أذا كان الإذن في التجارة، وردّ الخلاف إلى ما إذا قال: تصرف في هذا المال، أو اشتر عبداً، وعلى هذا جرى صاحب الكتاب حيث قال: «إن قيل له: اشتر عبداً فهو كالوكيل وإن قيل: اتَّجِرْ فهو كالعامل»، أي هو كالوكيل في أن الخلاف يجد مجالاً ومضطرباً، ولا يمكن حمله على أن الخلاف، كالخلاف فإن الخلاف في المأذون قولان مشهوران، وفي الوكيل إن ثبت وجهان.

وقوله: «فهو كالعامل يجوز إعلامه ـ بالواو ـ لأن الأكثرين أثبتوا القولين مع تصويرهم في الإذن في التجارة، وكذلك حكاه المزني عن نَصِّه في «المختصر»، ويجوز إعلامه ـ بالحاء ـ أيضاً لأن المحكى عن أبي حنيفة أنه إن لم يدفع السيد إليه، وإنما أذن له في التجارة صح الشراء، وعتق على السيد وإن دفع إليه مالاً فهو كالعامل، ثم هذا الخلاف فيما إذا لم يركبه دين، فإن ركبه، وقد اشتراه بغير إذن السيد، ترتب الخلاف على الخلاف فيما إذا لم يركبه، وعدم الصحه ها هنا أولى، وإن صح ففي نفوذ العتق الخلاف السابق.

المسألة الثانية: إذا اشترى العامل من يعتق عليه، نظر إن لم يكن في المال ربح صح الشراء، ولم يعتق عليه كالوكيل يشتري قريب نفسه لموكله، ثم إن ارتفعت الأسواق، وظهر ربح بنى على القولين في أن العامل متى يملك الربح؟

إن قلنا: يملكه بالقسمة لم يعتق بشيء منه. وإن قلنا بالظهور فأظهر الوجهين، وهو المذكور في الكتاب أنه يعتق عليه قدر حصته من الربح؛ لأنه ملك بعض أبيه.

والثاني: لا يعتق؛ لأن الملك فيه غير تام من حيث إنه وِقَاية لرأس المال مُعَداً لهذا الغرض إلى انفصال الأمر بينهما بالمُقَاسمة.

فإن قلنا بالأول، ففي السراية إن كان موسراً وتقويم الباقي عليه وجهان.

أحدهما: وبه أجاب الأكثرون: أنها تثبت كما لو اشتراه، فيه ربح، وقلنا: إنه يملك بالظهور.

والثاني: المنع، وهو الذي أورده في الكتاب؛ لأن العتق ـ والحالة هذه ـ يحصل في الدوام بسبب هو فيه غير مختار ومثل ذلك لا يتعلق به الشراء، ألا ترى أنه لو ورث بعض قريبه عتق عليه، ولم يشتر. ومن قال بالأول أجاب بأنه لا اختيار في الإرث أصلاً وهاهنا الشراء أولاً، والإمساك ثانياً إلى ارتفاع الأسواق اختياران، وإن كان في المال ربح، سواء كان حاصلاً في الشراء، أو حصل بنفس الشراء مثل أن كان رأس المال مائة، فاشترى بها أباه، وهو يساوي مائتين.

فإن قلنا: إنه يملك الربح بالقسمة دون الظهور صَحَّ الشراء، ولم يعتق.

وإن قلنا: يملك بالظهور، ففي صحة الشراء في قدر حِصَّته من الربح وجهان:

أظهرهما: الصِّحة لأنه مطلق التصرف في ملكه.

والثاني: المنع؛ لأنه لو صح فإما أن يحكم بعتقه، وهو يخالف غرض الاسترباح الذي هو مقصود التجارة، أولا يحكم فيختلف العتق عن ملك القريب.

فإن قلنا بالمنع، ففي الصحة في نصيب المالك قولاً تفريق الصفقة، وإن قلنا بالصحة ففي عتقه عليه الوجهان السابقان. وإن قلنا: يعتق فإن كان موسراً سَرَى العتق إلى الباقي، ولزمه الغُرْم؛ لأنه مختار في الشراء، وإلاَّ بقي رقيقاً هذا كله فيما إذا اشترى العامل قريب نفسه بعين مال القراض.

أما إذا اشتراه في الذمة للقراض فحيث صحَّحنا الشراء بعين مال القراض أوقعناه هاهنا عن القراض، وحيث لم نصحح أوقعناه هاهنا عن العامل، وعتق عليه.

وعن صاحب «التقريب» قول: أنه أطلق الشراء، ولم يصرفه إلى القراض لفظاً، ثم قال: كنت نويته. وقلنا إنه إذا وقع القِرَاض لم يعتق منه شيء لا يقبل قوله: لأن الذي جرى عقد عتاقه، فلا يمكن من رفعها.

فرع:

ليس لعامل القراض أن يكاتب عبد القراض بغير إذن المالك، فإن كاتباه معاً جاز، وعتق بالأداء، ثم إن لم يكن في المال ربح فولاؤه للمالك، ولا ينفسخ القِرَاض بما جرى من الكتابة في أظهر الوجهين، بل ينسحب على النجوم، وإن كان فيه ربح فالولاء بينهما على حسب الشرط، وما يزيد النجوم على الثمن من القيمة ربح.

قال الغزالي: **الحُكْمُ الثَّاني ـ لَيسَ لِعامِلِ القِرَاضِ أنْ يُقَارِض عَامِلاً آخَرَ بِغَيْرِ إِذْنِ المَالِكِ، وَفي صِحَّتِهِ بالإِذْنِ خِلاَفٌ (و) فَإِنْ فَعَلَ بِغَيْرِ الإِذْنِ وَكَثُرَتِ التَّصَرُّفَاتُ وَالرِّبْحُ [فَعَلى الجَدِيدِ الرِّبْحُ كُلُّهُ لِلعَامِلِ الأَوَّلِ وَلاَ شَيْء للمَالِكِ]**، وَلِلعَامِلِ الثَّاني أَجْرُ مِثْلِهِ عِلىَ العَامِلِ الأَوَّلِ إِذِ الرِّبْحُ عَليَ الجَدِيدِ لِلغَاصِبِ، وَالعَامِلُ الأَوَّلُ هُوَ الغَاصِبُ الَّذِي عُقِدَ العَقْدُ لَهُ، وَقِيلَ: كُلُّهُ لِلْعَامِلِ الثاني فإنه الغَاصِبُ، وَعَلَى القَدِيمِ يُتَّبَعُ مُوجَبُ الشَّرْطِ لِلْمَصْلَحَةِ وَعُسْرِ إِبْطَالِ التصَّرُّفَاتِ وَللمَالِكِ نِصْفُ (و) الرِّبحِ وَالنِّصْفُ الآخَرُ بَيْنَ العَامِلَيْنِ نِصْفَيْن (و) كَمَا شَرَطَا، وَهَلْ يَرْجِعُ العَامِلُ الثَّانِي بِنِصْفِ أُجْرَةِ مِثْلِه لأنّه كَانَ طَمِعَ في كُلِّ النِّصْفِ مِنَ الرِّبْحِ وَلَمْ يُسَلَّمْ لَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

قال الرافعي: إذا قارض العامل غيره[١] لم يَخْلُ إما أن يقارضه بإذن المالك، أو بغير إذنه. أما الحالة الأولى فتتصور على وجهين.

أحدهما: أن ينسلخ العامل من الدِّين، وينتهض وكيلاً في القراض مع الثاني، كأن المالك سلم إليه المال، وإذن له في أن يقارض غيره إن بدا له، فهذا صحيح كما لو قارضه المالك بنفسه[٢]، ولا يجوز أن يشترط الأول لنفسه شيئاً من الربح، ولو فعل فسد القراض، وللثاني أجرة المثل على المالك لما مَرَّ إن شرط الربح لغير المالك، والعامل ممتنع.

والثاني: أن يأذن له في أن يعامل غيره ليكون ذلك الغير شريكاً له في العمل، والربح المشروط له على ما يراه، حكى[٣] الإمام وصاحب الكتاب فيه وجهين:

أحدهما: الجواز كما لو قارض المالك شخصين في الابتداء.

وأشبههما: المنع لأنّا لو جوزنا ذلك لكان الثاني فرعاً للأول منصوباً من جهته، والقراض معاملة تضيق محال القياس فيها، فلا يعدل بها عن موضوعها، وهو أن يكون أحد المتعاقدين مالكاً لا عمل له، والثاني: عاملاً لا ملك له، وهذا ما أشار إليه صاحب الكتاب بقوله في الباب الأول حين ذكر هذه المسألة. «لأن موضع القراض أن يدور بين مالك وعامل». وليكن لفظ الكتاب هنالك معلّماً بالواو.

---

(١) لأن القراض على خلاف القياس وموضعة أن يكون أحد العاقدين ملكاً لاعمل له والآخر عاملاً.

(٢) محله كما قال ابن الرفعة: إذا كان المال مما يجوز عليه القراض، فلو دفع ذلك بعد تصرفه وصيرورته عرضاً، لم يجز. قال الماوردي: ولا يجوز عند عدم التعيين أن يقارض إلا أميناً.

(٣) في م و ب حكاه.

نعم لو قارض العامل غيره بمقدار مما شرط له، أما إذا قارض بمقدار ما شرط له كان ذلك على[١] التصوير الأول، وهو جائز بلا خلاف.

الحالة الثانية: أن يقارض العامل بغير إذن المالك فهو فاسد[٢]؛ لأن المالك لم يأذن فيه، ولا ائتمن على غيره ويجيء فيه القول المذكور في أن تصرفات الفُضُوليّ تنعقد موقوفة على الإجازة. وإذا قلنا بالمذهب فلو أن الثاني تصرّف في المال وربح، فهذا ينبني على أن الغاصب إذا اتَّجر في المال. مغصوب ما حكم تصرفه؟ ولمن الربح الحاصل؟. وأما إذا تَصَرَّفَ في عين المَغْصُوب، فتصُرف[٣] الفضولي.

فأما إذا باع سلماً، أو اشترى في الذمة، وسلم المغصوب فيما [التزمه وربح فعلى الجديد: الربح للغاصب؛ لأن التصرف صحيح، والتسليم فاسد]، فيضمن المال الذي سلمه، ويسلم له الربح، وهذا قياس ظاهر.

وعلى القديم: هو للمالك توجيهاً بحديث عُرْوَةَ البَارِقيّ، فإن النبي - ﷺ - أخذ رأس المال والربح، وبأنا لو جعلناه للغاصب لا تخذه الناس ذَرِيْعَةً إلى الغصب، والخيانة في الودائع، والبضاعات، وأن تصرفات الغاصب قد تكثر، فيتعسر بيع الأمتعة التي تداولتها الأيدي المختلفة، أو يتعذر، وفي هذا القول مباحثات:

أحداها: الجَزْم على هذا القول بإن الربح للمالك، أو نوقفه على إجازته واختياره؟

قيل بالوقف على الإجازة، وبني هذا القول على قول الوَقْف في بيع الفُضُولي، وإنما لم يتعرض الشافعي - رضي الله عنه - للفسخ والإجازة؛ لأن الغالب أنه يجيز إذا رأى الربح، فعلى هذا إذا رده يرتد، سواء اشترى في الذمة، أو بعين المغصوب. وقال الأكثرون: إنه مجزوم به، ومبني على المصلحة، وكيف يستقيم توقيف شراء الغاصب لنفسه على إجازة غيره؟ وإنما يجري قول الوقف إذا تصرف في عين مال الغير أوْ له.

الثانية: إذا كان في المال ربح، وكثرت التصرفات، وعسر تتبعها فهو موضع القول القديم، أما إذا قَلّت، وسهل التتبع ولا ربح، فلا مجال له.

---

(١) في ط غير.

(٢) مطلقاً سواء أقصد المشاركة في عمل وربح أو ربح فقط أم قصد الانسلاخ لأن المالك لم يأذن فيه ولم يأتمن على المال غيره كما لو أراد الوصي أن ينزل وصياً منزلته في حياته يقيمه في كل ما هو منوط به، فإنه لا يجوز كما قاله الإمام. قال السبكي: ولو أراد ناظر وقف شرط له النظر إقامة غيره مقامة وإخراج نفسه في ذلك، كان كما في الوصي. قال وقد وقعت هذه المسألة في الفتاوى ولم أتردد في أن ذلك ممنوع.

(٣) في ط: فهو تصرف.

قال الإمام وحكى وجهين فيما إذا سهل التتبع، وهناك ربح أو عسر ولا ربح.

الثالثة: لو اشترى في ذمته، ولم يخطر له أن يؤدي الثمن من الدراهم المغصوبة، ثم سَنَحَ له ذلك. قال الإمام ينبغي ألا يجيء فيه القول القديم أن صدقه صاحب الدراهم. واعلم أن المسألة قد تلقب بمسألة البضاعة، وقد ذكرناها، والاختلاف فيها مر على الاختصار مرة في أول البيع وأخرى في الغَصْب.

إذا تقرر ذلك فعلى الجديد ينظر إن اشترى بعين مال القراض، فهو باطل، وإن اشترى في الذمة، فأحد الوجهين: أن كل الربح للعامل الثاني؛ لأنه المتصرف كالغاصب في صورة الغَصْب.

وأصحهما: وبه أجاب المُزَنِيُّ: أن كله للأول؛ لأن الثاني تصرف للأول بإذنه، فكان كالوكيل من جهته، وعليه للثاني أجرة عليه ويحكى هذا عن أَبِي حَنِيْفَةَ.

وإن قلنا بالقديم، ففيما يستحقُّه المالك من الربح وجهان:

أحدهما: ولم أره إلاَّ في كتاب أَبِي الفَرَجِ السَّرْخَسِيِّ: أن كله للمالك، كما في الغَصْب طرداً لقياس هذا القول، وعلى هذا فللعامل الثاني أجرة مثله، وعلى مَنْ تجب؟

حكى فيه وجهان:

أحدهما: أنها على العامل الأول؛ لأنه استعمله وغيره.

والثاني: على المالك؛ لأن نفع عمله عاد إليه.

وأصحهما: وبه أجاب المزني: أن له نصف الربح، لأنه رضي به، بخلاف صورة الغَصْب، فإنه لم يوجد منه رضا به، فصرفنا الكل إليه قطعاً لطمع الغُصَّاب والخائنين، وعلى هذا ففي النصف الثاني وجوه:

أحدها: وهو اختبار ابْنِ الصَّبَّاغِ: أن كله للعامل الأول؛ لأن المالك إنما شرط له، وعقده مع الثاني فاسد، فلا يتبع شرطه، وعلى هذا فللثاني أُجْرة مثل عمله على الأولِ؛ لأنه غَرَّهُ.

والثاني: أن كله للثاني؛ لأنه العامل، أما الأول فليس له عمل ولا ملك، فلا يصرف إليه شيء من الربح.

وأصحهما، وهو المذكور في الكتاب: أنه يكون بين العاملين بالسَّوية وبه أجاب المزني، ووجهه أن تتبع التصرفات عسير، والمصلحة اتباع الشرط، إلا أنه تعذَّر الوفاء به في النصف الذي أخذه المالك، فكأنه تلف، وانحصر الربح في الباقي، وعلى هذا فهل يرجع العامل الثاني بنصف اجرة المثل؟

فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه كان قد طمع في نصف الربح بتمامه، ولم يسلم له إلاَّ نصف النصف.

وأشبههما، وبه قال المزني، وأبو إسحاق: لا؛ لأن الشرط محمول على ما يحصل لهما من الربح، والذي حصل هو الربح، والوجهان فيما إذا كان العامل الأول قد قال: على أن ربح هذا المال بيننا، أو على أن لك نصفه.

أما إذا كانت الصيغة على أن ما يرزقنا الله ـ تعالى ـ من الربح فبيننا.

قطع الأكثرون بأنه لا يرجع؛ لأن النصف هو الذي رُزِقَاهُ.

وعن الشيخ أبي مُحَمَّدٍ إجراء الوجهين؛ لأن المفهوم تشطر جميع الربح، ولا يخفى أن جميع ما ذكرناه إذا جرى القراضان على المناصفة، فإن كانا أو أحدهما على نسبة أخرى، فعلى ما تشارطا، وهذا كله فيما إذا تصرف الثاني وربح.

أما إذا هلك المال في يده، فإن كان عالماً بالحال، فهو غاصب أيضاً، وإن كان يظن العامل مالكاً، فترتب يده على يد الأول كترتب يد المودع على يد الغاصب؛ لأنه يد أمانة. وفي طريق هو كالمُتَّهب من الغاصب لعود النفع إليه، وقد بينا الحكم فيهما ضماناً وقراراً من قبل.

وقوله في الكتاب: «وكثرت التصرفات والربح» يشعر باعتيار الأمرين لمجيء الخلاف، وفيه من التردد ما ذكرناه، ثم ليس المراد: وكثر الربح، بل المعنى: وحصل الربح، ومما أشبهه؛ لأن الكثرة في الربح غير معتبرة بالاتفاق.

وقوله: «والعامل الأول هو الغاصب» أي هو الجائز الذي يقع التصرف في المال له، كما يقع في الغَصْب للغاصب. وقوله: وقيل: «كله للعامل الثاني فإنه الغاصب» ليس محمولاً على ما ذكر ما ذكرناه في حق الأول، لكن المعنى به أنه الشبيه بالغاصب من حيث إنه المتصرف في المال بيعاً وشراءً وأخذاً وإعطاءً. وقوله: «وللمالك نصف الربح». وقوله: «بين العاملين» معلَّم ـ بالواو ـ لما عرفته.

قال الغزالي: **الحُكْمُ الثَّالِثُ ـ لَيسَ للعَامِلِ أنْ يُسَافِرَ (ح م و) بِمَالِ القِرَاضِ إلاَّ بالإِذْنِ فَإِنَّهُ خَطَرٌ فإنْ فَعَلَ نَفَذَتْ تَصَرُّفَاتُهُ وَاسْتَحَقَّ الرِّبْحَ وَلَكِنَّهُ ضَامِنٌ بِعُدْوَانِهِ، وإِذَا سَافَرَ بالإِذْنِ فَأُجْرَةُ النَّقْلِ عَلَى مَالِ القِرَاضِ كَمَا أَنَّ نَفَقَةَ الوَزْنِ وَالكَيلِ وَالحَمْلِ الثَّقِيلِ في الحَضَرِ أَيضاً عَلَى القِرَاضِ، وَلَيسَ عَلَى العَامِلِ إلاَّ التِّجَارَةُ وَالنَّشْرُ وَالطَّيُّ وَنَقْلُ الشَّيْءِ الخَفِيفِ، فَإِنْ تَعَاطَى شَيْئاً مِمَّا لَيسَ عَلَيهِ فَلاَ أُجْرَةَ لَهُ، وَإِنِ اسْتَأْجَرَ عَلَى ما عليه فَعَلَيهِ**

الأُجْرَةُ، وَنَفَقَتُهُ عَلَى نَفْسِهِ(م) فِي الحَضَرِ، وَنَصَّ فِي السَّفَرِ أَنَّ لَهُ نَفَقَتَهُ بِالمعْرُوفِ، فَمِنْهُمْ مَنْ نَزَّلَهُ عَلَى نَفَقَةِ النَّقْلِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: فِيهِ قَوْلاَنِ، وَوَجْهُ الفَرْقِ بَيْنَ الحَضَرِ وَالسَّفَرِ أَنَّهُ مُتَجَرِّدُ فِي السَّفَرِ لِلشُّغْلِ، فَعَلَى هَذَا لَوِ اسْتَصْحَبَ مَعَ ذَلِكَ مَالَ نَفْسِهِ وَزَّعَ النَّفَقَةَ عَلَيهِمَا، ثُمَّ قَدْ قِيلَ القَوْلاَنِ فِي القَدْرِ الذِّي يَزِيدُ فِي النَّفَقَةِ بِسَبَبِ السَّفَرِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ فِي الأَصلِ.

قال الرافعي: كلام الفصل على التفات بعضه بالبعض يشتمل على ثلاثة مقاصد:

أحدها: أنه ليس للعامل أن يسافر بمال القراض بغير إذن المالك[1].

وعن أبي حنيفة، ومالك أن له ذلك عند أَمْن الطريق.

وفي تعليق الشيخ أبي حامد نقل قول مثله عن البُوَيْطِيِّ.

لنا: أن فيه [خطراً] وتعريضاً للهلاك، فلا ينبغي أن يستقل به فلو خالف ضمن المال، ثم ينظر إن كان المتاع بالبلد التي سافر إليها أكثر قيمة، أو تساوت القيمتان صح البيع، واستحق الربح لمكان الإذن، وإن كان أقل قيمة لم يصح البيع بتلك القيمة، إلاَّ أن يكون النقصان بقدر ما يَتَغَابن به، وإذا صححنا البيع، فالثمن الذي يأخذه يكون مضموناً عليه أيضاً، بخلاف ما إذا تعدى الوكيل بالبيع في المال ثم باع، وقبض الثمن لا يكون مضموناً عليه؛ لأن العدوان لم يوجد في الثمن، وهاهنا سبب العدوان السفر، ومزايلة[2] مكان المال، وإنه شامل، ولا تعود الأمانة بالعود من السفر، وإذا سافر بالإذن فلا عدوان، ولا ضمان.

قال في التتمة وبيع المال في البلد المنقول إليه بمثل ما كان يبيعه في المنقول عنه، وبأكثر منه، وأما بما دونه فإن ظهر فيه غرض بأن كانت مؤنة الرد أكثر من قدر النقصان، أو أمكن صرف الثمن إلى متاع يتوقع فيه الربح، فله البيع أيضاً، وإلاَّ لم يجز؛ لأنه محض تخسير[3].

---

(١) لأن السفر مظنة الخطر، نعم لو قارضة بمحل لا يصلح للإقامة كالمفازة، فالظاهر كما قاله الأذرعي أنه يجوز له السفر به إلى مقصده المعلوم لهما، ثم ليس له بعد ذلك أن يحدث سفراً إلى غير محل إقامته، فإن أذن له، جاز بحسبه.

(٢) المزايلةُ: المُفَارَقَةُ، وفيهُ يقَالُ: زَايَلَهُ مُزَايَلة وزيالاً إذا فارقة. (ينظر لسان العرب ٣/ ١٩٠١).

(٣) وإذا سافر بالإذن لم يجز سفره في البحر إلا بنص عليه. نعم إن عين له بلداً ولا طريق له إلا البحر كساكن الجزائر التي يحيط بها البحر له أن يسافر فيه وإن لم ينص له عليه والإذن محمول عليه. قاله الأذرعي وغيره والمراد بالبحر الملح كما قاله الإسنوي. قال الأذرعي وهل يلحق به الأنهار العظيمة كالنيل والفرات لم أر فيه نصاً. أ هـ والأحسن أن يقال إن زاد خطرها على خطر البحر، لم يجز إلا أن ينص له عليه كما قاله ابن شهبة.

الثاني: على العامل أن يتولى ما جرت العادة به من نَشْر الثياب وطَيِّها وذَرْعها وإدراجها السفط، وإخراجها، ووزن ما يخف كالذهب والمسك والعود، وقبض الثمن، وحمله، وحفظ المتاع على باب الحانوت، وفي السفر بالنوم عليه ونحوه، وليس عليه وزن الأمتعة الثقيلة، وحملها، ونقل المتاع من الخان إلى الحانوت، والنداء عليه، وما يجب عليه أن يتولاه لو استأجر عليه لزمه الأجرة في ماله، وما لا يجب أن يتولاه له أن يستأجر عليه من مال القَراضِ، لأنه من تتمة التجارة، ومصالحها، فإن تولاه بنفسه لم يكن له أخذ الأجرة، بل هو متبرع، ومريد كسباً بالاسترباح.

الثالث: القول في المؤنات، ولا يجوز للعامل أن ينفق في الحضر من مال القراض على نفسه، أو يواسي منه بشيء.

وعن مالك ـ رضي الله عنه ـ أن له أن ينفق منه على العادة كالغذاء، ودفع الكسرة إلى السقاء، وأجرة الكَيَّال والوزان والحمال في مال القراض، وكذا أجرة النقل إذا سافر بالإذن، وأجرة الحارس والرَّصْدي. ونص في المختصر أن له النفقة بالمعروف.

وقال في البويطي: لا نفقة له وللأصحاب طريقان:

أحدها: أنهما قولان:

أظهرهما: أنه لا نفقة كما في الحضر، وهذا لأنه ربما لا يحصل إلاَّ ذلك القدر، فيختل مقصود العقد.

والثاني: تجب، وبه قال مالك، بخلاف ما إذا كان في الحضر؛ لأنه في السفر سلم نفسه وجردها لهذا الشغل، فأشبه الزوجة تستحق النفقة إذا سلمت نفسها، ولا تستحق إذا لم تسلم.

والثاني: القطع بالمنع، وحمل ما نقله المزني على أجرة النقل.

ومنهم من قطع بالوجوب، وحمل ما في البُوَيْطيّ على المؤن النادرة كأجرة الحَجَّام والطبيب، وإذا أثبتنا القولين فهما في كل ما يحتاج إليه من الطعام والكسوة والإدام تشبيهاً بما إذا سلمت الزوجة نفسها، أو فيما يزيد بسبب السفر كالخُفّ والإداوة، وما أشبهما؛ لأنه لو كان في الحضر لم يستحق شيئاً فيه وجهان.

أصحهما: الثاني، وبه قال مَالِكٌ فيما رواه ابْنُ الصَّبَّاغِ، وأبو سعيد المتولي، ثم تفرع على القول بالوجوب فروع:

منها: لو استصحب مال نفسه مع مال القراض وزعت النفقة على قدر

قال الإمام: ويجوز أن ينظر إلى مقدار العمل على المالين، ويوزع على أجرة مثلهما. وفي «آمالي» أَبِي الفَرَجِ السَّرْخَسِيّ أنها إنما توزع إذا كان ماله قدراً يقصد السفر له[1]، وإن كان لا يقصد، فهو كما لو لم يكن معه غير مال القِرَاض.

ومنها: لو رجع العامل، وبقي معه فصل زاد أو آلات أعدها للسفر كالمطهرة ونحوها، هل عليه ردها إلى مال القراض؟ فيه وجهان عن الشيخ أَبِي مُحَمَّدٍ:

وأظهرهما: نعم.

ومنها: لو استرد المالك المال منه في الطريق، أو في البلد الذي[2] سافر إليها لم يستحق نفقة الرجوع على أظهر الوجهين، كما لو خالع زوجته في السفر.

ومنها: يشترط عليه ألاَّ يسرف، بل يأخذ بالمعروف، وما يأخذ يحسب من الربح، فإن لم يكن ربح فهو خسران لحق المال ومهما أقام في طريقه فوق مدة المسافرين في بلد، لم يأخذ لتلك المدة.

ومنها: لو شرط نفقة السفر في ابتداء القراض، فهو زيادة تأكيد إذا قلنا بالوجوب.

أما إذا لم تقل به، فأظهر الوجهين أنه يفسد العقد، كما لو شرط نفقة الحضر.

والثاني: لا يفسد؛ لأنه من مصالح العقد من حيث إنه يدعوه إلى السفر، وهو مظنة الربح غالباً، وعلى هذا فهل يشترط تقديره؟

فيه وجهان:

وعن رواية المزني في «الجامع الكبير» أنه لا بد من شرط النفقة للعقد مقدرة، لكن الأصحاب لم يثبتوها.

وقوله: في الكتاب «ونفقته على نفسه في الحضر ونص في السفر أن له نفقته بالمعروف....» إلى آخره يقتضي ظاهره أخذ المنع في أحد القولين من أنه لا نفقة في الحضر لا على سبيل التخريج؛ لأنه لم يحكي عن النص سواء الوجوب، وليس كذلك بل القولان عند من أثبتهما منصوصان، هذا في رواية المزني، وهذا رواية البويطي.

قال الغزالي: **الحُكْمُ الرَّابِعُ آخْتَلَفَ القَوْلُ فِي أَنَّهُ هَلْ يَمْلِكُ الرِّبْحَ بِمُجَرَّدِ (م ز) الظُّهُورِ أَمْ يَقِفُ عَلَى المُقَاسَمَةِ، فَإِنْ قُلْنَا: يملك بِمُجَردِ الظُّهُورِ فَهُوَ مِلْكٌ غَيْرُ مُسْتَقِرٍّ بَلْ**

(١) قال النووي: وقد قال بمثل قول السرخسي أبو علي في «الإفصاح» وصاحب «البيان». ينظر الروضة ٤/ ٢١٤.
(٢) في ط «التي».

هُوَ وِقَايَةٌ لِرَأْسِ المَالِ عَنِ الخُسْرَانِ، وَإِنْ وَقَعَ خُسْرَانٌ انْحَصَرَ فِي الرِّبْحِ، وَلاَ يَسْتَقِرُّ إلاَّ بِالقِسْمَةِ، وَهَلْ يَسْتَقِرُّ بِالتَّنْضِيضِ وَالفَسْخِ قَبْلَ القِسْمَةِ؟ فِي وَجْهَانِ، وَإِنْ قُلْنَا: لاَ يَمْلِكُ (ح) فَلَهُ حَقٌّ مُؤَكَّدٌ حَتى لَوْ مَاتَ يُورَثُ عَنْهُ، وَلَوْ أَتْلَفَ المَالِكُ المَالَ غُرِّمُ حِصَّتهُ، وَكَذَا الأَجْنَبِيُّ فَإِنَّ الإِتْلاَفَ كَالقِسْمَةِ، وَلَوْ كَانَ فِي المَالِ جَارِيَةٌ لَمْ يَجُزْ لِلمَالِكِ وَطْؤُهَا لِحَقِّهِ.

قال الرافعي: متى يملك العامل من الربح الحصة المشروطة له من الربح.

احد قولي الشافعي: أنه يملكها بالظهور، كما يملك عامل المُسَاقاة نصيبه من الثمار بالظهور، ولأن سبب الاستحقاق الشرط الصحيح، فإذا حصل الربح، فليثبت موجب الشرط، ولأنه سبيل من مطالبة المالك بأن يقتسما الربح، ولولا أنه مالك لما كان كذلك.

والثاني: لا يملك إلاَّ بالقسمة؛ لأنه لو ملك بالظهور لكان شريكاً في المال، ولو كان شريكاً لكان النقصان الحادث بعد ذلك شائعاً في المال، فلما انحصر في الربح دَلَّ على عدم الملك. وأيضاً فإن القراض معاملة جائزة، والعمل فيها غير مضبوط، فوجب ألاَّ يستحق العوض فيها إلاَّ بتمام العمل، كما في الجعالة. وأصح القولين الأول عند الشيخ أبي حامد وطائفة. **والثاني**: عند الأكثرين منهم المسعودي، والقاضي الروياني، وصاحب «التهذيب»، وقد ذكرنا ذلك في «الزكاة» وبينا أن أبا حنيفة قال بالأول، والمزني قال بالثاني، وهو مذهب مَالِكٍ أيضاً.

التفريع:

إن قلنا: إنه يملك بالظهور، فليس ملكاً مستقرّاً، بل لا يتسلط العامل عليه، ولا يملك التصرف فيه؛ لأن الربح وقاية لرأس المال عن الخسران ما دامت المعاملة باقية حتى لو اتفق خسران كان محسوباً من الربح دون رأس المال ما أمكن، وكذلك نقول: إذا طلب أحد المتعاقدين قسمة الربح قبل فسخ القِرَاض لا يجبر الآخر عليه. أما إذا طلب المالك فلأن العامل يقول: لا آمن الخسران، فنحتاج إلى رد ما اقتسمنا.

وأما إذا طلب العامل، فلأن المالك يقول: الربح وقاية مالي، فلا أدفع إليك شيئاً حتى تسلم لي رأس المال، فإذا ارتفع القراض، والمال نَاضٌ، واقتسما حصل الاستقرار، وهو نهاية الأمر، وكذلك لو كان قدر رأس المال نَاضاً، وأخذه المالك، واقتسما الباقي، وهل يحصل الاستقرار بارتفاع العقد، ونضوض المال من غير قسمة فيه وجهان:

أحدهما: لا، لأن القسمة الباقية من تتمة عمل العامل.

وأصحهما: الاستقرار لارتفاع العقد، والوثوق بحصول رأس المال، وإن كان

المال عروضاً، فينبني على خلاف سيأتي في أن العامل، هل يجبر على البيع والتنضيض؟ إن قلنا: نعم، فظاهر المذهب أنه لا استقرار؛ لأن العمل لم يتم.

وإن قلنا: لا فوجهان كما لو كان المال ناضّاً، ولو اقتسما الربح بالتراضي قبل فسخ العقد لم يحصل الإستقرار، بل لو حصل خُسْران بعده كان على العامل جَبْره بما أخذ، وبهذا يتبين أن قوله في الكتاب: «ولا يستقر إلاَّ بالقسمة» غير معمول بظاهره فيما يرجع الاكتفاء بالقسمة. وإن قلنا: إنه لا يملك إلاَّ بالقسمة، فله فيه حق مؤكد حتى يورث عنه إذا مات، لأنه وإن لم يثبت الملك له، فقد ثبت له حق التملك، ويقدم على الغرماء لتعلق حقه بالعين، وله أن يمتنع عن العمل بعد ظهور الربح، ويسعى في التنضيض ليأخذ منه حقه، ولو أتلف المالك المال غرم حصّة العامل، وإن كان الإتلاف بمثابة الاسترداد ولو استرد الكل غرم حصة العامل، فكذلك إذا أتلف.

وأما قوله: «وكذا الأجنبي فإن الاتلاف كالقسمة».

وأعلم أن الأجنبي إذا أتلف مال القراض ضمن بدله، وبقي القراض في بدله، كما كان، هذا ما ذكره الأصحاب في حكم المسألة، وفي نظم الكتاب خلافان.

أحدهما: أن الغرض في هذا المقام التفريع على أن العامل إنما يملك حصّته بالقسمة، وعلى هذا القول يكون كل الربح قبل القِسْمة للمالك، وحينئذ يستحسن الكلام في أنه لو أتلف المالك المال غرم حصّة العامل لتعرف تأكيد حقه، وإن لم يكن مالكاً لكن لا يستحسن ذكر إتلاف الأجنبي، لأنه لا يمكن أن يقال أنه يغرم حصة العامل، إذْ لا امتياز لها لبقاء القراض بحاله ولا اختصاص الغرم بها، بل يغرم كل المال، وأصل الغرم لا دلالة له على حق العامل.

والثاني: أن قوله: «فإن الإتلاف كالقسمة» لا ينصرف إلى مسألة الأجنبي؛ لأن القراض إذا بقي في البدل لم يكن الإتلاف مفيداً للقسمة، بل هو مصروف إلى ما قبلها، وهو إتلاف المالك، وأنما كان كالقسمة؛ لأنه أتلف ملكه وملك غيره أو حق غيره، ولا يمكن تغريمه ملك نفسه، ولا تعطيل حق الغير، فيغرم حق الغير، وذلك يتضمن مقصود القسمة، وهو التمييز. ولو كان في المال جارية لم يجز للمالك وطؤها إن كان في المال ربح لملك العامل، أو حقه، وإن لم يكن ربح فكذلك الجواب، ووجهوه بأن انتفاء الربح في المتقومات غَيْرُ معلوم، وإنما يستقر الحال بالتَّنْضيض، واستبعد الأمام التحريم إذا تيقّن عدم الربح.

قال: ويمكن تخريجه على أن العامل لو طلب بيعها، وأباه المالك هل له ذلك؟

فيه خلاف سيأتي، فإن اسغناه فقد أثبتنا له علقة فيها، فيحرم الوطء بها.

وإذا قلنا بالتحريم ووطىء، فللشيخ أبي محمد تردد في أنه هل يكون ذلك فسخاً للقراض؟ والأظهر المنع، ولا يلزم الحَدّ، وحكم المهر سنذكره، ولو وطئها العامل، فعليه الحد إن لم يكن ربح إن وكان عالماً[١] وإلا فَلاَ حَدَّ، ويؤخذ منه جميع المهر، ويجعل في مال القراض، لأنه ربما يقع خسران يحتاج إلى الجبر، ولو استولدها لم تصر أم ولد. وإن قلنا: إنه لا يملك بالظهور.

وإن قلنا: يملك ثبت الاستيلاد في نصيبه، ويقوّم عليه الباقي إن كان موسراً.

ولا يجوز للمالك تزويج جارية القراضِ؛ لأن القراض لا يرتفع بالتزويج، وإنه ينقص قيمتها فيتضرر العامل به.

قال الغزالي: **الحُكْمُ الخَامِسُ الزِّيَادَةُ العَيْنِيَّةِ كَالثَّمَرَةِ وِالنِّتَاجُ مَحْسُوبٌ مِنَ الرِّبْحِ وَهُوَ مالُ القِراضِ، وَكَذَا بَدَلُ مَنَافعِ الدَّوَابِّ وَمَهْرِ وَطْءِ الجَوَارِي حَتَّى لَوْ وَطِىء السَّيِّدَ كُانَ مُسْتَرِداً بِمِقْدَارِ العُقْرِ، وَأَمَّا النُّقْصَانُ فَمَا يَحْصُلُ بِأَنْخِفَاضِ السُّوقِ أَوْ طَرَيَانِ عَيبٍ وَمَرَضٍ فَهُوَ خُسْرَانٌ يَجِبُ جَبْرُهُ بِالرِّبْحِ، وَمَا يَقَعُ بِاحِتْراقٍ وَسَرَقَةٍ به عَينٍ فَوَجْهَانِ: أصحُهمَا أَنَّهُ مِنَ الخُسْرَانِ كَمَا أَنَّ زِيَادَةَ العَينِ مِنَ الرِّبْحِ، وَلَوْ سَلمَ إِلَيهِ أَلْفَينِ فَتَلفَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ أَنْ يَشْتَرِيِ شَيْئاً به أَوْ بَعْدَ أَنْ يَشْتَرِيَ كَمَا لَوِ اشْتَرَى عَبْدَينِ مَثَلاً وَلَكِنْ قَبْلَ البَيْعِ فَرَأْسُ المَالِ أَلْفٌ أَوْ أَلفانِ فِيهِ وَجْهَان وَهُوَ تَرَدُّدٌ فِي أَنَّهُ هَلْ يُجْعَلُ ذَلِكَ مِنَ الخُسْرَانِ وَهُوَ وَاقِعٌ قَبْلَ الخَوْضِ فِي التَّصَرُفَاتِ؟**

قال الرافعي: مقصود الفصل الكلام فيما يقع في مال القراض زيادة أو نقصان.

أما الزيادة فثمرة الشجرة المشتراة للقراض، ونِتَاج البهيمة، وكسب الرقيق، وولد الجارية، ومهرها إذا وطئت بالشبهة[٢] أطلق صاحب الكتاب، والإمام القول بأنها من مال القراض، لأنها من فوائده، وكذا بدل منافع الدواب، والأراضي، وذلك قد يجب بتعدي المتعدي باستعمالها، وقد يجب بإجارة تصدر من العامل، فإن له الإجارة إذا رأى فيها المصلحة.

وفصّل في «التتمة» فقال: إن كان في المال ربح، وملّكنا العامل حصته بالظهور، فالجواب كذلك، وإن لم يكن ربح، أو لم نملكه، فمن الأصحاب من عدها من مال القراض كالزيادات المتصلة. وقال عامتهم: يفوز بها المالك، لأنها ليست من فوائد

(١) في ط إنه كان ذلك عالماً.

(٢) إطلاق المهر أحسن من تقييده بقوله إذا وطئت بشبهة إذ التقييد به ليس مراداً كما قاله الأذرعي بل يجزئ في الوطء بالزنا مكرهة أو مطاوعة وهي مما لا يعتبر مطاوعتها أو بالنكاح.

التجارة، ويشبه أن يكون هذا أولى، فإن جعلناها مال القراض، قال هاهنا، وفي «الوسيط»: هي بجبر من الربح، وهو قضية ما في «التهذيب». واورد بعض أصحاب الإمام أنها لا تعد من الربح خاصة، ولا من راس المال، بل هي شائعة.

وقوله في الكتاب: وهو «مال القراض» بعد قوله: «محسوبة من الربح» يستغني عنه، نعم لو قدم وأخر، فقال: إنها مال القراض، وهي محسوبة من الربح كان حسناً.

وكذلك لفظ «الوسيط» وإن وطئها المالك قال المصنف وغيره إنه يكون مستردّاً مقدار العُقْرِ، حتى يستقر نصيب العامل ـ منه.

في «التهذيب» أنه إن كان في المال ربح، وملكناه بالظهور وجب نصيب العامل من الربح، وإلاَّ لم يجب شيء فليعلم كذلك.

وقوله في الكتاب «كان مستردّاً مقدار العُقْرِ» ـ بالواو ـ واستيلاد المالك جارية القراض كإعتاقها، وإِذا أوجبنا المهر بالوطء الخالي عن الإحبال، فالظاهر الجمع بينه وبين القيمة. وأما النقصان فما يحصل بانخفاض السوق فهو خسران مجبور بالربح، وكذا النقصان بالتعييب، والمرض الحادث، والنقصان العيني، وهو تلف البعض ينظر إن حصل بعد التصرف في المال بيعاً وشراء، فالأكثرون ذكروا أن الاحتراق وغيره من الآفات السماوية خسران مجبور بالربح أيضاً، وفي التلف بالسرقة والغصب وجهان، والفرق أن في الضمان الواجب ما يجبره، فلا حاجة إلى جبره بمال القراض.

وَسَوَّى المصنف وطائفة بين الهلاك بالآفة السماوية وغيرها، فحكوا الوجهين في النوعين. ووجه المنع أنه نقصان لا تعلق له بتصرف العامل وتجارته، بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق، وليس هو بناشيء من نفي المال الذي اشتراه العامل، بخلاف المرض والعيب، فلا يجب على العامل جبره، وكيفما كان فالأصح أنه مجبور بالربح، وإن حصل النقصان قبل التصرف فيه بيعاً وشراء، كما إذا دفع إليه ألفي درهم قراضاً، فتلف ألف قبل أن يتصرف، فيه وجهان:

أحدهما: أنه خسران أيضاً مجبور بالربح الحاصل بعده، لأنه بقبض العامل صار مال القِرَاض، وعلى هذا فرأس المال الفان كما كان، ويقال: هذا هو منقول المُزَنِيِّ عن الجامع الكبير.

وأظهرهما: أنه يتلف من رأس المال، ويكون رأس المال الألف الباقي؛ لأن العقد لم يتأكد بالعمل، ولو اشترى بألفين عبدين أو ثوبين، فتلف أحدهما.

فإن قلنا: لو تلف أحد الألفين قبل التصرف جبرناه بالربح، فهاهنا أولى.

وإن قلنا: يتلف من رأس المال فوجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك؛ لأن العبدين بدل الألفين، ولا عبرة بمجرد الشراء، فإنه تهيئة محل التصرف، والركن الأعظم في التجارة البيع، إذ به يظهر الربح.

وأظهرهما: أنه يتلف من الربح، ويجب جبره، لأنه تصرف في رأس المال، ولا يأخذ شيئاً بالربح حتى يرد ما تصرف فيه إلى المالك، هذا إذا تلف بعض المال.

أما أذا تلف كله بآفة سماوية قبل التصرف، أو بعده ارتفع القراض، وكذا لو أتلفه المالك كما تقدم، ولو أتلفه أجنبي أخذ بدله، وبقى القراض فيه على ما مر، وكذا لو أتلف بعضه، وأخذ بدله استمر القراض وما ذكرنا من الخلاف في أنه هل يجبر بالربح؟ مفروض فيما إذا تعذر أخذ البدل من المتلف، ولو أتلف العامل المال، قال الإمام: يرتفع القراض؛ لأنه وإن وجب بدله عليه، فإنه لا يدخل في ملك المالك إلاً بقبض منه، وحينئذ يحتاج إلى استئناف القراض، ولك أن تقول: ذكروا وجهين في أن مال القراض إذا غصب، أو تلف من الخصم فيه وجهان:

أظهرهما: أن الخصم المالك إن لم يكن في المال ربح، وهما جميعاً إن كان فيه ربح.

والثاني: أن للعامل المخاصمة بكل حال حفظاً للمال، ويشبه أن يكون الجواب المذكور في إتلاف الأجنبي مفرعاً على أن العامل خصم، وبتقدير أن يقال: إنه وإن لم يكن خصماً، لكن إذا خاصم المالك، وأخذ عاد العامل إلى التصرف فيه بحكم القراض لزمه مثله فيما إذا كان العامل هو المتلف.

وإن قتل عبد القراض قاتل، وفي المال ربح لم ينفرد أحدهما بالقصاص، بل الحق لهما إن تراضيا على العفو على مال، أو على الاستيفاء جاز، وإن عفا أحدهما سقط القصاص، ووجبت القيمة، هكذا ذكروه، وهو ظاهر على قولنا: إنه يملك الربح بالظهور، وغير ظاهر على القول الآخر، وإن لم يكن فيه ربح فللمالك القصاص، والعفو على غير مال، وكذا لو كانت الجناية موجبه للمال، فله العفو عنه، ويرتفع القِرَاض، وإن أخذ المال، أو صالح عن القِصاص على مال، بَقِيَ القراض فيه.

وقوله في الكتاب: «كما أن زيادة العَيْن من الربح» ينبني على ما ذكره وفي الزيادات أنها محسوبة من الربح، وفيه من الخلاف ما مر.

وقوله: «وهو تردد في أنه هل يجعل ذلك من الخسران...» إلى آخره، هذا اللفظ يتناول الصورة الأولى، وهي تلف أحد الألفين فقبل أن يشتري بهما شيئاً.

فأما الصورة الثانية فالتوجيه فيها ما قدمناه أن الاعتبار بالبيع دون الشراء، إذ ظهور الربح وصيرورة العرض نقداً يتعلّق بالبيع.

فرع:

مال القراض ألف درهم، واشترى بعينه ثوباً أو عبداً فتلف قبل التسليم بطل الشراء، وارتفع وإن اشترى في الذمة.

قال في البُوَيْطِيِّ: يرتفع القراض، ويكون الشراء للعامل، فمن الأصحاب من قال: هذا إذا كان التلف قبل الشِّراء فإن القراض والحالة هذه غير باقٍ عند الشراء[١]، فينصرف الشراء إلى العامل.

أما إذا تلف بعد الشراء فالمشتري[٢] للمالك فإذا تلف الألف المعدُّ للثمن أبدله بألف آخر.

وقال ابن سريج: يقع الشراء عن العامل سواء تلف الألف قبل الشراء، أو بعده، وعليه الثمن، ويرتفع القراض؛لأن إذنه ينصرف إلى التصرف في ذلك الألف[٣]، تعلّق التصرف في ذلك بعينة أم لا؟ فإن قلنا بالأول فرأس المال ألف أو الفان؟ فيه وجهان، يحكي الثاني منهما عن أبي حنيفه. فإن قلنا بالأول فهو الألف الأول، أو الثاني؟

فيه وجهان[٤]، تظهر فائدتهما عند اختلاف الألفين في صفة الصِّحة وغيرها.

وعن مالك أن المالك بالخيار بين أن يدفع ألفاً آخر، ويكون هو رأس المال دون الأول وبين ألا يدفع، فيكون الشراء للعامل، ويمكن أن يجعل هذا وجهاً للأصحاب تخريجاً من وجه ذكرناه في «باب، مداينة العبيد مما إذا سلم إلى عبده ألفاً ليتجر فيها، فاشترى في الذمة ليصرفه إلى الثمن، فتلف أنه يتخير السيد بين أن يدفع إليه ألفاً آخر فيمضي العقد، أو لا يدفع، فيفسخ البائع العقد، إلاَّ أن هاهنا يمكن تصرفه العقد إلى المباشر إذا لم يخرج المعقود له ألفاً آخر، وهناك لا يمكن، فيصار إلى الفسخ، وهذا الفرع قد ذكرنا طرفاً منه هناك للحاجة إليه والله اعلم.

البَابُ الثَّالِثُ، فِي التَّفَاسُخِ وَالتَّنَازُعِ

قال الغزالي: وَالقِرَاضُ جَائِزٌ ينفَسْخُ بفَسْخِ أَحَدِهِمَا، وَبِالمَوْتِ، وَبِالجُنُونِ،

---

(١) في (ط) المشتري. (٢) في (ط) فالشراء.

(٣) سكت عن الترجيح والأصح في تصحيح التنبيه للشيخ النووي قول ابن سريج جرياً على ظاهر النص.

(٤) قال في الخادم: والراجح الثاني وهو الذي أورده الماوردي وقال البندنيجي والروياني أنه المذهب ولم يرجح الشيخ أيضاً من الوجهين الأخيرين والراجح الثاني وهو المذكور في تعليق للقاضي الحسين والشامل كذا قاله في الخادم أيضاً.

كَالوكَالَةِ فَإِنِ انْفَسَخَ وَالمَالُ ناضٍ لَمْ يُخفْ أَمْرُهُ، وَإِنْ كَانَ عُروضاً فَعَلَى العامل بَيْعُهُ إِنْ كَانَ فِيهِ رَبْحٌ لِيَظْهَر نَصِيبُهُ، وإِنْ لِمْ يَكُنْ رِبْحٌ فَوَجْهَانِ، مَأْخَذُ الوُجُوبَ أَنَّهُ فِي عُهْدَتِهِ أَنْ يَرُدَّ كَمَا أَخَذَ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ رِبْحٌ وَرَضِيَ المَالِكُ بِهِ وَقَالَ العَامِلُ: أَبِيعُهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ إِلاَّ إِذَا وَجَدَ زُبُوناً يَسْتَفيد بِهِ الرِّبْحَ، وَمَهْمَا بَاعَ العَامِلُ قَدْرَ رَأْسِ المَالِ وَجَعَلَهُ نَقْداً فالبَاقِي مُشْتَرِكٌ بَيْنَهُمَا وَلَيسَ عَلَيهِ بَيْعُهُ، وَإِنْ رَدَّ إِلَى نَقْدٍ لَيسَ مِنْ جِنْسِ رَأْسِ المَالِ لَزِمَهُ الرَّدُّ إِلَى جِنْسِهِ.

قال الرفعي: الباب يتضمن فصلين:

أحدهما: في فسخ القراض وفروعه، والقراض جائز كالوكالة والشركة، بل هو عينهما، فإنه وكالة في الابتداء، وقد تصير شركة في الانتهاء، فلكل واحد من المتعاقدين فسخه،والخروج منه متى شاء، ولا يحتاج فيه إلى حضور الآخر ورضاه.

وعن أبي حنيفة: اعتبار والحضور كما ذكره في «خيار الشرط» وإذا مات أحدهما أو جُنَّ، أو أغمي عليه انفسخ العقد، ثم إذا فسخا أو أحدهما لم يكن للعامل أن يشتري بعده، ثم ينظر إن كان المال دَيْناً، فعلى العامل التقاضي والاستيفاء، خلافاً لأبي حنيفة، حيث فرق بين أن يكون في المال ربح، فيَلْزمه الاستيقاء أو لا يكون فلا يلزمه.

واحتج الأصحاب بأن الدَّين ملك ناقص، وقد أخذ منه ملكاً كاملاً، فليرد كما أخذ، وإن لم يكن ديناً، نظر إن كان نقداً من جنس رأس المال، ولا ربح أخذه المالك، وإن كان فيه ربح اقتسماه بحسب الشرط، فإن كان الحاصل في يده مكسرة، ورأس المال صحاح، نظر إن وجد من يبدلها بالصِّحاح وزناً بوزن أبدلها، وإلاَّ باعها بغير جنسها من النَّقْد، واشترى بها الصحاح، ويجوز أن يبيعها بعرض، ويشتري به الصحاح في أصح الوجهين.

والثاني: لا يجوز؛ لأنه قد يتعوق عليه بيع العرض، فإن كان المال نقداً من غير جنس رأس المال، أو عرضاً، فله حالتان:

إحداهما: أن يكون فيه ربح، فعلى العامل بيعه إن طلبه المالك، وله بيعه، وإن أباه المالك، وليس للعامل تأخير البيع إلى توسُّم رواج المتاع؛ لأن حق المالك يعجل، خلافاً لِمَالِكٍ. ولو قال للمالك: تركت حقي لك، ولا تكلفني البيع، هل عليه فيه الاجابة؟ فيه وجهان:

وأقربهما: المنع ليرد المال كما أخذ، فإن التنضيض مشقة ومؤنة، ثم اختلفوا في مأخذ الوجهين، وكيفية خروجهما.

فمن بان لهما على الخلاف في أنه متى يملك الربح؟

إن قلنا بالظهور لم يلزم المالك قبول ملكه، ولم يسقط به طلب البيع.

وإن قلنا بالقسمة فيجاب؛ لأنه لم يبق له توقع فائدة، فلا معنى لتكليفه تحمل مشقة. ومن مفرع لهما أولاً على أن حق العامل هل يسقط بالترك والإسقاط؟ وهو مبني على أن[1]. الربح متى يملك؟ إن قلنا بالظهور لم يسقط كسائر المملوكات.

وإن قلنا بالقسمة سقط على أصح الوجهين، فإنه ملك إن تملك، فكان له العفو والإسقاط كالشفعة. فإن قلنا: لا يسقط حقه بالترك لم يسقط بتركه المطالبة بالبيع.

وإن قلنا: يسقط ففيه خلاف سنذكره في أنه هل يكلف البيع إذا لم يكن في المال ربح؟ ولو قال المالك: لا تبع وتقتسم العروض بتقويم عدلين، أو قال: أعطيك نصيبك من الربح ناضّاً، ففي تمكن العامل من البيع وجهان، بناهما قوم من الأصحاب على أن الربح متى يملك؟

إن قلنا بالظهور فله البيع؛ لأنه قد يجد زبوناً يشتريه بأكثر من قيمته.

وإن قلنا بالقسمة فلا، لوصوله إلى حقه بما يقوله المالك.

وقطع الشيخ أبو حامد وغيره بالوجه الثاني. وقالوا: إذا غرس المستعير في أرض العارية كان للمعير أن يتملكه عليه بالقيمة؛ لأن الضرر يندفع عنه بأخذ القيمة فهاهنا أولى، وحيث لزمه البيع، قال الإمام: الذي قطع به المحققون أن ما يلزمه بيعه وتنضيضه قدر رأس المال.

أما الزائد عليه، فحكمه حكم عرض آخر يشترك فيه اثنان لا يكلف واحد منهما بيعه، ثم ما يبيعه بطلب المالك، أو دونه[2] يبيعه بنقد البلد إن كان من جنس رأس المال، وإن كان من غير جنسه باعه بما يرى المصلحة فيه من نقد البلد، ورأس المال، فإن باعه بنقد البلد حصل به رأس المال.

الثانية: إذا لم يكن في المال ربح هل للمالك تكليفه البيع؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن غرض البيع أن يظهر الربح ليصل العامل إلى حقه منه، فإن لم يكن ربح، وارتفع العقد لم يحسن تكليفه بيعاً بلا فائدة.

وأظهرهما: نعم وبه قال الشَّيْخَان أبو محمد، وأبو علي، والقاضي حسين؛ لأنه في عهده أن يرد المال كما أخذ، وإلاَّ لزم المالك في رده إلى ما كان كلفة ومؤنة، وهل

---

(١) سقط في ب.

(٢) في (ط) بإذنه.

للعامل بيعها إذا رضي المالك بإمساكها؟ حكى الإمام فيه وجيهن.

وجه المنع: أنه كفاه شغلاً بلا فائدة.

ووجه الآخر: أنه قد يجد زبوناً يشتريه بزيادة، وهذا ما ذكره عامة الأصحاب، وقالوا: له أن يبيع إذا توقع ربحاً بأن ظفر بسوق أو راغب.

ورأى الإمام تفصيلاً فيه، وهو أنه ليس له البيع بما يساويه بعد الفسخ جزماً، وبيعه بأكثر مما يساويه عند الظفر بزبون محتمل؛ لأنه ليس ربحاً في الحقيقة[1]، وإنما هو رزق مساق إلى مالك العروض.

وإذا قلنا: ليس للعامل البيع إذا أراد المالك إمساك العروض، واتفقا على أخذ المالك العروض، ثم ظهر ربح بارتفاع السوق، فهل للعامل نصيب فيه لحصوله بكسبه أم لا لظهوره بعد الفسخ؟ فيه وجهان:

أظهرهما: الثاني:

وقوله في الكتاب: «وإن رد إلى نقد لا من جنس رأس المال لزمه الرد إلى جنسه» غير خافٍ مما أدرجناه في أثناء الكلام ثم إنه يشمل ما إذا كان عند الفسخ نقداً من غير جنس رأس المال، وكان الرد إليه قبل الفسخ وما إذا باعه بعد الفسخ.

فرع:

كما يرتفع القراض بقول المالك: فسخته يرفع بقوله للعامل: لا تتصرف بعد هذا، وباسترجاع المال منه، ولو باع المالك ما اشتراه العامل بالقراض، فينعزل العامل كما لو باع الموكل ما وكل ببيعه ينعزل الوكيل أو لا ينعزل، ويكون ذلك إعانة له فيه وجهان:

أشبههما: الثاني، ولو حبس العامل، ومنعه من الصرف، أو قال: لا قراض بيننا، ففي انعزاله وجهان.

أشهرهما أنه لا ينعزل أيضاً ذكرهما أبو العباس الروياني في «الجرجانيات».

قال الغزالي: **وَلَوْ مَاتَ المَالِكُ فَلِوَارِثِهِ مُطَالَبَةُ العَامِلِ بِالتَّنْضِيضِ، وَلَهُ أَنْ يُجَدِّدَ العَقْدَ مَعَهُ إِنْ كَانَ المَالُ نَقْداً، وَإِنْ كَانَ فِي المَالِ رِبْحٌ أَخَذَ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ مِنْ رِبْحِهِ عِنْدَ القِسْمَةِ، وَالبَاقِي يَتْبَعُ فِيهِ مُوجَبُ الشَّرْطِ، وَإِنْ كَانَ عَرَضاً فَفِي جَوَازِ التَّقْرِيرِ عَلَيْهِ وَجْهَانِ، وَوَجْهُ الجَوَازِ أَنَّهُ قَدْ ظَهَرَ رَأْسُ المَالِ وَجِنْسُهُ مِنْ قَبْلُ فَلَمْ يُوجَدْ عِلَّةُ ٱشْتِرَاطِ**

---

(١) في (ط) التحقيق.

النَّقْدِيَّةِ هَهُنَا، وَإِنْ مَاتَ العَامِلُ لَمْ يَجُزْ تَقْرِيْر وَارِثِهِ عَلَى العَرْضِ فَإِنَّهُ مَا اشْتَرَاهُ بِنَفْسِهِ فَيَكُونَ كَلاً عَلَيْهِ، نَعَمْ إِنْ كَانَ نَقْداً فَهَلْ يَنْعَقِدُ القِرَاضُ مَعَهُ بِلَفْظِ التَّقْرِيرِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

قال الرافعي: ذكرنا أن القراض ينفسخ بالموت، وإذا مات المالك، والمال ناض لا ربح فيه أخذه الوارث، وإن كان فيه ربح اقتسماه، وإن كان عرضاً، فالمطالبة بالبيع والتنضيض كما في حالة حصول الفسخ في حياتهما، وللعامل البيع هاهنا، حيث كان له البيع هناك، ولا يحتاج إلى إذن الوارث اكتفاء بإذن من تلقى الوارث المالك عنه، بخلاف ما إذا مات العامل حيث لا يتمكن وارثه من البيع دون إذن المالك، فإنه يرض بتصرفه.

وفي «التتمة» وجه أن العامل أيضاً لا يبيع إلاَّ بإذن وارث المالك، والمشهور الأول، ويجري الخلاف في استيفائه الديون بغير إذن الوارث، ولو أراد الاستمرار على العقد، فإن كان المال ناضّاً فلهما ذلك بأن يستأنفا عقداً بشرطه، ولا بأس بوقوعه قبل القسمة لجواز القراض على المشاع، وكذلك يجوز القراض الشريك بشرط ألاَّ يشاركه في اليد، ويكون للعامل ربح نصيبه، ويتضاربان في الربح نصيب الآخر، وهل ينعقد بلفظ الترك والتقرير بأن يقول الوارث أو القائم بأمره: تركتك أو أقررتك على ما كنت عليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: وبه قال الشيخ أبو محمد: لا؛ لأن العقد السابق قد ارتفع، وهذا ابتداء عقد، فلا بد من إذن صالح للابتداء، والتقرير يشعر بالاستدامة.

وأظهرهما: عند الإمام نعم لفهم المعنى، وقد يستعمل التقرير لإنشاء عقد على موجب العقد السابق، وليكن الوجهان مفرعان على أن هذه العقود لا تنعقد بالكنايات فإن قلنا ينعقد فينبغي أن يجزم بالوجه الثاني، وإن كان المال عروضاً، ففي جواز تقريره على القراض وجهان:

عن أبي إسحاق أنه جائز، لأنه استصحاب قراض، فيظهر في جنس رأس المال وقدره فيجريان على موجبه، ولا يلزم مصير رأس المال ربحاً ولا ذهاب بعض الربح في رأس المال.

والأظهر المنع لأن القراض الأول قد ارتفع، فلو وجد قراض آخر لكان قراضاً مستأنفاً، وحينئذ يمتنع إيراده على العروض، والأول ظاهر لفظه في «المختصر» لكن القائلين بالثاني حملوه على ما إذا كان المال ناضاً أو استأنفا عقداً.

والاشبه: أن يختص الوجهان بلفظ الترك والتقرير، ولا يتسامح باستعمال الألفاظ التي تستعمل في الابتداء.

ثم حكى الإمام فيا إذا فسخ القراض في الحياة طريقة طاردة للوجهين، وأخرى قاطعة بالمنع وهو الأشهر، وعليها بضعف وجه جواز التقرير بعد الموت، وهذا إذا مات المالك، وإن مات العامل، واحتيج إلى البيع والتنضيض، فإن أذن المالك لوارث العامل فيه فذاك، وإلاَّ تولاه منصوب من جهة الحاكم، ولا يجوز تقرير وارثه على القراض إن كان المال عرضاً ولا يخرج على الوجهين المذكورين في موت المالك، وفرقوا بينهما بوجهين:

أحدهما: أن ركن القراض من جانب العامل عمله، وقد فات بفواته، ومن جانب المالك المال، وهو باقٍ بعينه انتقل إلى الوارث.

والثاني: وهو المذكور في الكتاب: أن العامل هو الذي اشترى العروض، والظاهر أنه لا يشتري إلاَّ ما يسهل عليه بيعه وترويجه، وهذا المعنى لا يؤثر فيه موت المالك، وإذا مات العامل فربما كانت العروض كلاً على وارثه، لأنه يشترها، ولم يخترها، وإن كان المال ناضّاً فلهما الاستمرار بعقد منشأ، وفي لفظ التقرير الوجهان السابقان، وهما كالوجهين في أن الوصية بالزائد على الثلث إذا جعلناها ابتداء عطية، هل تنتفض بلفظ الإجازة، ويجريان أيضاً فيما إذا انفسخ البيع الجاري بينهما، ثم أرادا إعادته، فقال البائع قررتك على موجب العقد الأول وقبل صاحبه، وفي مثله من النكاح لا يعتبر ذلك، وللإمام احتمال فيه لجريان لفظ النكاح مع التقرير.

وقوله في الكتاب: «فإن كان في المال ربح أخذ بقدر حصته من ربحه عند القسمة، والباقي يتبع موجب الشرط».

مثاله: إذا كان رأس المال المورث مائة، وربح عليه مائتين، وجدد الوارث العقد على النصف كما كان من غير أن يقتسما، فرأس مال[1] للوارث مائتان من الثلاثمائة، والمائة الباقية للعامل، فعند القسمة يأخذها بقسطها من الربح، ويأخذ الوارث رأس المال مائتين، ويقتسمان ما بقي[2].

وقوله: «ولم يوجد علة اشتراط النقدية هاهنا» أي لا يعتبر في التقرير كونه نقداً لخلاف ما في الابتداء لما مر. وقوله: «وهل ينعقد القراض معه بلفظ التقرير؟ فيه وجهان» أشار به إلى أن تجديد العقد جائز لا محالة، كما إذا مات المالك والمال نقداً،

---

(١) في (ط) المال.

(٢) قال النووي: إذا جُنَّا أو أُغمي عليهما أو أحدهما ثم أفاقا وأرادا عقد القراض ثانياً قال في «البيان»: الذي يقتضيه المذهب أنه كما لو أنفسخ بالموت وهو كما قاله.

(ينظر روضة الطالبين ٤/ ٢٢١).

وإنما الخلاف في الصورتين في الانعقاد بلفظ التقرير.

فأما إذا كان المال عرضاً في صورة موت المالك، فالخلاف هناك في أصل التقرير، فلذلك قال في جواز التقرير: عليه وجهان.

قال الغزالي: **وَمَهْمَا كَانَ ٱسْتَرَدَّ المَالِكُ طَائِفَةً مِنَ المَالِ وَكَانَ إِذْ ذَاكَ فِي المَالِ رِبْحٌ فَهُوَ شَائِعٌ يَسْتَقِرُّ مِلْكُ العَامِلِ عَلَى مَا يَخُصُّهُ مِنْ ذَلِكَ القَدْرِ فَلاَ يَسْقُطُ بِالنُّقْصَانِ * وَإِنْ كَانَ فِيهِ خُسْرَانٌ لَمْ يَجِبْ عَلَى العَامِلِ جَبْرُ مَا يَخُصُّ المُسْتَرَدَّ مِنَ الخُسْرَانِ.**

قال الرافعي: استرداد المالك طائفة من المال إن كان قبل ظهور الربح والخسران رجع رأس المال إلى القدر الباقي، وإن كان بعد ظهور الربح في المال فالمسترد شائع ربحاً وخسراناً على النسبة الحاصلة بين جملتي الربح، وبين رأس المال، ويستقر ملك العامل على ما يخصه بحسب الشرط مما هو ربح فيه، فلا يسقط بالنقصان الحادث، وإن كان الاسترداد بعد ظهور الخسران، إن كان الخسران موزعاً على المسترد والباقي، فلا يلزم جبر حِصَّة المسترد من الخسران، كما أنه لورد الكل بعد الخسران لم يلزمه شيء، ويصير رأس المال الباقي بعد المسترد، وحصته من الخسران.

ومثال الاسترداد بعد الربح رأس المال مائة ربح عليها عشرين، ثم استراد المالك عشرين، والربح سدس المال يكون المأخوذ سدسه ربحاً، وهو ثلاثة دراهم وثلث، ويستقر ملك العامل على نصفه إذا[1] كان الشرط المناصفة، وهو درهم وثلثا درهم، حتى لو انخفضت السوق، وعاد ما في يده إلى ثمانين لم يكن للمالك أن يأخذ الكل، ويقول: كان رأس المال مائة، وقد أخذت عشرين أضم إليها هذه ثمانين لتتم لي المائة، بل يأخذ العامل من الثمانين درهماً وثلثي درهم، ويرد الباقي وهو ثمانية وسبعون درهماً وثلث درهم.

ومثال الاسترداد بعد الخسران رأس المال مائة وخسر عشرين، ثم استرد العشرين، فالخسران يوزع على المسترد، والباقي يكون حصة المسترد خمسة لا يلزمه جبرها حتى لو ربح بعد ذلك، فبلغ المال ثمانين لم يكن للمالك أخذ الكل، بل يكون رأس المال خمسة وسبعين[2]، والخمسة الزائدة تقسم بينهما نصفين، فيجعل للمالك من الثمانين سبعة وسبعين ونصف درهم.

---

(١) في (ط) إن.

(٢) لأنه الخسران إذا وزعناه على الثمانين خص كل عشرين خمسة والعشرون المستردة حصتها خمسة فيبقى ما ذكره.

قال الغزالي: **وَإِنْ قَالَ العَامِلُ: تَلِفَ المَالُ أَوْ رَدَدتُ (و) أَوْ مَا رَبِحْتُ أَوْ خَسِرْتُ بَعْدَ الرِّبْحِ أَوْ هَذَا العَبْدُ ٱشْتَرَيْتُهُ لِلقِرَاضِ أَوْ لِنَفْسِي أَوْ مَا نَهَيْتَنِي عَنْ شِرَائِهِ وَخَالَفَهُ المَالِكُ فَالقَوْلُ قَوْلُ العَامِلِ، وَإِنِ ٱخْتَلَفَا فِي قَدْرِ مَا شَرَطَ لَهُ مِنَ الرِّبْحِ فَيَتَحَالَفَانِ وَيَرْجِعُ إِلَى أَجْرِ المِثْلِ، وَإِنِ ٱخْتَلَفَا فِي قَدْرِ رَأْسِ المَالِ فَالقَوْلُ قَوْلُ العَامِلِ إِذِ الأَصْلُ عَدَمُ القَبْضِ.**

قال الرفعي: الفصل الثاني من الباب في التنازع، فيه وجوه:

منها: أن يدعي العامل تلف المال في يده، فهو مصدق بيمينه كالمودع، نعم إذا ذكر سبب التلف، ففيه تفصيل نؤخره إلى «كتاب الوديعة» إن شاء الله تعالى؛ لأن صاحب الكتاب أورد طرفاً منه هنالك.

ومنها: إذا اختلف في رد المال، ففيه وجهان ذكرناهما في «باب الرهن».

وأظهرهما: ما أجاب به الكتاب، وهو تصديق العامل.

وأعلم قوله: «أَوْ رَددتُ» ـ بالواو ـ إشارة إلى ذلك الخلاف.

ومنها: إذا قال العامل: ما ربحت أو قال: لم أربح إلاَّ ألفاً، وقال المالك: بل ألفين صدق العامل بيمينه، ولو قال: ربحت كذا، ثم قال غلطت في الحساب إنما الربح كذا، أو تبينت أن لا ربح أو قال كذبت فيما قُلتُ خوفاً من انتزاع المال من يدي لم يقبل رجوعه؛ لأنه أقر بحق لغيره فأشبه سائر الأقارير.

وعن مالك أنه إن كان بين يديه موسم يتوقع فيه ربح يقبل قوله: كذبت ليترك المال في يدي لأربح في الموسم، ولو قال: خسرت بعد الربح الذي أخبرت عنه قُبِلَ.

قال في «التتمة»: وذلك عند الاحتمال بأن عرض للأسواق كساد، فإن لم يحتمل لم يقبل، ولو ادعى الخسارة عند الاحتمال، أو التلف بعد قوله: كنت كاذباً فيما قلت، ورددنا قوله قُبِلَ أيضاً، ولا نبطل أمانته بذلك القول السابق، هكذا قال الأصحاب، ونسبه القاضي الروياني في «التجربة» إلى نصه.

ومنها: قال العامل: اشتريت هذا العبد للقراض، وقال المالك: بل لنفسك، وإنما يقع هذا الاختلاف عند ظهور خسران فيه غالباً، أو قال العامل: اشتريته لنفسي، وقال المالك: بل للقراض، فالقول قول العامل؛ لأنه أعرف بقصده ونيته، ولأنه في يده، وإذا ادعى أنه ملكه صدق.

وعن ابْنِ سُرَيْجٍ أن في الصورة الأولى قولاً آخر أن القول قول المالك؛ لأن الأصل عدم وقوعه للقارض كمأخذ القولين فيما إذا قال الوكيل: بعث ما أمرتني ببيعه أو

اشتريت ما أمرتني بشرائه، فقال الوكيل[١]: لم تفعل، والظاهر الأول.

قال في «المهذب» فلو أقام المالك بينة أنه اشتراه بمال القراض، يعني في الصورة الثانية، ففي الحكم بها وجهان:

وجه المنع أنه قد يشتري لنفسه بمال القراض متعدياً، فيبطل البيع، ولايكون للقراض. **ومنها**: قال المالك: كنت نهيتك عن شراء هذا العبد، فقال العامل: لم تنهتي، فالقول قول العامل؛ لأن الاصل عدم النهي، لأنه لو كان كما يزعمه المالك لكان خائناً، والأصل عدم الخيانة.

ومنها: قال العامل: شرطت لي نصف الربح، وقال المالك: بل ثلثه فيتحالفان، لأنهما اختلفا في عوض العقد، فأشبه اختلاف المتابعين في الثمن وإذا تحالفا فصح العقد، واختص الربح والخسران بالمالك، وللعامل أجر تمثل عمله.

وفيه وجه: أنها إن كانت أكثر من نصف الربح، فليس له إلاَّ قدر النصف؛ لأنه لا يدعي أكثر منه[٢]. **ومنها**: لو اختلفا في قدر رأس المال، فقال المالك دفعت إليك ألفين، وقال العامل: بل ألفاً فالقول قول العامل إن لم يكون في المال ربح؛ لأن الأصل عدم دفع الزيادة، وإن كان في المال ربح، فكذلك على الأصح.

وفيه وجه أنهما يتحالفان؛ لأن قدر الربح يتفاوت به، فأشبه الاختلاف في القدر المشروط من الربح.

ومن قال بالأول قال: الاختلاف في القدر المشروط من الربح اختلاف في كيفية العقد، والاختلاف هاهنا اختلاف في البعض[٣]، فيصدق فيه الباقي[٤] كما إذا[٥] اختلف المتبايعان في قبض الثمن، فإن المصدق البائع، ولو قارض رجلين على مال بشرط أن يكون نصف الربح، له والباقي بينهما بالسوية فربحا، ثم قال المالك: دفعت إليكما ألفين، وصدقه أحدهما، وقال الآخر: بل ألفاً لزم المقر ما أقربه، وحلف المنكر، وقضى له بموجب قول، فلو كان الحاصل[٦] ألفين، أخذ المنكر ربع الألف الزائد على ما أقر به، والباقي يأخذه المالك، ولو كان الحاصل ثلاثة الآلف، فزعم المنكر أن الربح منها ألفان، وأنه يستحق منها خمسمائة، فلتسلم إليه، ويأخذ المالك من الباقي ألفين من

---

(١) في (ط) الموكل.

(٢) قال النووي: وإذا تحالفا، فهل ينفسخ بنفس التحالف، أم بالفسخ؟ حكمه حكم البيع كما مضى، قاله في «البيان». ينظر الروضة ٤/٢٢٣.

(٣) في (ط) «القبض».

(٤) في ط «الثاني».

(٥) في ط «لو».

(٦) في ط «الأصل».

رأس المال لاتفاق المالك والمقر عليه يبقى خمسمائة يتقاسمانها أثلاثاً لاتفاقهم على أن ما يأخذه المالك، مِثلاً ما يأخذه كل واحد من العاملين وما أخذه المنكر كالتالف منهما.

ولو قال المالك: كان رأس المال دنانير، وقال العامل: بل دراهم، فالمصدق العامل أيضاً.

ولو اختلفا في أصل القراض، فقال المالك: دفعت المال إليك لتشتري لي وكالة، وقال مَنْ في يدِهِ بل قارضتني فالمصدق المالك، فإذا حلف أخذ المال وربحه، ولا شيء عليه للآخر[١]. وهذا فروع مبددة نختم بها الباب.

ليس للعامل التصرف في الخمر شراءً وبيعاً، خلافاً لأبي حنيفة فيما إذا كان العامل ذِمِّيّاً، فلو خالف واشترى خمراً، أو خنزيراً، أو أم ولد، ودفع المال في ثمنه عن علم، فهو ضامن، وإن كان جاهلاً، فكذلك على الأشهر[٢] لأن حكم الضمان لا يختلف بالعلم والجهل، وقال القفال يضمن الخمر دون أم الولد إذ ليس لها أمارة تعرف به. وفي «التهذيب» وجه غريب أنه لا يضمن فيها.

وأبعد منه وجه نقله في «الشامل» أنه لا يضمن حالة العلم أيضاً، لأنه ضمن[٣] الفضل بخسرانه[٤]، ولو قارضه على أن ينقل المال إلى موضع كذا، ويشتري من أمتعته، ثم يبيعها هناك أو يردها إلى موضع القراض.

قال الإمام: ذهب الأكثرون إلى فساد القراض؛ لأن نقل المال من قُطْر إلى قطر عمل زائد على التِّجارة، فأشبه شرط الطحن والخبز، ويخالف ما إذا أذن له في السفر، فإن الغرض منه رفع الحرج. وعن الاستاذ أَبِي إِسْحَاق وطائفة من المحققين إن شرطا المسافرة لا يضر، فإنها الركن الأعظم في الأموال والبضائع الخطيرة.

ولو قال: خذ هذه الدراهم قراضاً، وصارف بها مع الصَّيَارفة، ففي صحة مصارفته مع غيرهم وجهان:

وجه الصحة أن المقصود من مثله أن يكون تصرفه صرفاً لا قوام بأعيانهم.

---

(١) قال النووي: لو دفع إليه ألفاً، فتلف في يده، فقال: دفعتُه قرضاً، فقال العامل: بل قراضاً، قال في «العدة» و «البيان»: بينة العامل أولى في أحد الوجهين. يؤيد ما ذكره في العدة والبيان ما أجاب به الشيخ أبو عمرو بن الصلاح في فتاويه في هذه المسألة أن القول القابض بيمينة في نفي الضمان عند عدم البينة قال لأنهما اتفقا على الإذن في التصرف واختلفا في شغل الذمة والأصل براءة الذمة.

(٢) في أ الشراء.

(٣) في ط قصر.

(٤) في ط بحسب رأيه.

ولو خلط العامل مال القراض بماله صار ضامناً، وكذا لو قارضه رجلان هذا على مال، وهذا على مال، فخلط أحدهما بالآخر، وكذا لو قارضه واحد على مالين بعقدين، فخلط خلافاً لأبي حنيفة في الصورة الأخيرة، ولو جرى ذلك بإذن المالك بأن دفع إليه قراضاً، ثم دفع إليه ألفاً آخر، وقال: ضمه إلى الأول، فإن لم يتصرف بعد في الأول جاز، وكأنه دفعهما إليه دفعة واحدة، وإن تصرف في الأول لم يجز القراض في الثاني، ولا الخلط؛ لأن حكم الأول قد استقر بالتصرف ربحاً وخسراناً، وربح كل مال وخسرانه يختص به.

ولو دفع إليه ألفاً قراضاً وقال: ضم إليها ألفاً من عندك على أن يكون ثلث ربحها لك، وثلثاه لي أو بالعكس كان قراضاً فاسداً لما فيه من شرط التفاوت في الربح مع التساوي[1] في المال، ولا نظر إلى العمل بعد حصول الشركة في المال.

ولو دفع إليه زيد ألفاً قراضاً، وعمرو كذلك، فاشترى لكل واحد منهما بألف عبداً ثم أشتبها عليه، ففيه قولان عن رواية حرملة. **أحدهما**: أن شراء العبدين ينقلب إليه، ويغرم لها لتفريطه، حيث لم يفردهما حتى تولد الاشتباه، ثم المغروم عند الأكثرين الألفان. وقال بعضهم: يغرم قيمة العبدين، وقد تزيد على الألفين.

والقول الثاني: أن يباع العبدان، ويقسم الثمن بينهما، وإن حصل ربح فهو بينهم على حسب الشرط، فإن اتفق خسران قالوا: يلزمه الضمان لتقصيره، فاستدرك المتأخرون فقالوا: إن كان الخسران لانخفاض السوق لا يضمن؛ لأن غايته أن يجعل كالغاصب والغاصب لا يضمن نقصان السوق.

قال إمام الحرمين: والقياس مذهب ثالث وراء القولين، وهو أن يبقى العبدان لهما على الإشكال إلى أن يصطلحا[2].

---

(١) في ط التشريك.

(٢) قال النووي: قال الجرجاني في «المعاياة»: ولا يتصور خسران على العامل في غير هذه المسألة. وبقي من الباب مسائل. منها: لو دفع إليه مالاً وقال: إذا مت فتصرف فيه بالبيع والشراء، ولك نصف الربح، فمات لم يكن له التصرف، بخلاف ما لو أوصى له بمنفعة عين، لأنه تعليق، ولأن القراض يبطل بالموت لو صح. ولو قارضه على نقد، فتصرف العامل ثم أبطل السلطان النقد، ثم أنفسخ القراض، قال صاحب «العدة» و «البيان»: رد مثل النقد المعقود عليه على الصحيح وقيل: من الحادث. ولو مات العامل ولم يعرف مال القراض من غيره. فهو كمن مات وعنده وديعة ولم يعرف عينها، وسيأتي بيانه في كتاب الوديعة إن شاء الله تعالى. ولو جنى عبد القراض، قال في «العدة»: للعامل أن يفديه من مال القراض على أحد الوجهين كالنفقة عليه. ينظر الروضة ٤/ ٢٢٥.

كِتَابُ المُسَاقَاةِ، وَفِيهِ بَابَانِ

البَابُ الأَوَّلُ فِي أَرْكَانِهَا

قال العزالي: وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: **الأَوَّلُ: مُتَعَلَّقُ العَقْدِ وَهُو الأشْجَارُ إِذْ عَلَيهَا يُسْتَعْمَلُ العَامِلُ بِجُزْءٍ مِنَ الثِّمَارِ كَمَا يُسْتَعْمَلُ عَامِلُ القِرَاضِ، إِلاَّ أَنَّ المُسَاقَاةَ لاَزِمَةٌ مُؤَقَّتَةٌ يَسْتَحِقُّ (و) الثِّمَارَ فِيهَا بِمُجَرَّدِ الظُّهُورِ بِخِلاَفِ القِرَاضِ، وَأَصْلُهَا مَا رُوِيَ أَنَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ سَاقَىَ أهل خَيْبَرِ علَى النِّصْفِ مِنَ الثَّمَرِ وَالزَّرْعِ.**

قال الرافعي: صورة المُسَاقاة أن يعامل إنساناً على نخلة ليتعهَّدها بالسَّقْي والتربية، على أن ما رزق الله ـ تعالى ـ من ثمرة تكون بينهما[1].

ولفظ المساقاة مأخوذ من السَقْي؛ لأن أنفع الأعمال وأكثرها مؤنة أو تبعاً السقى خاصة «بالحجاز»؛ لأن أهلها يسقون من الآبار، والمعتمد في جوازها أن ابن عمر ـ رضي الله عنه ـ روى أن النبي ﷺ (عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ عَلَى شَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ)[2]. ومن جهة المعنى أن مالك الأشجار قد لا يحسن تعهدها، ولا يتفرغ له، ومن يحسن ويتفرغ قد لا يملك الأشجار، فيحتاج ذلك الاستعمال، وهذا إلى العمل، ولو تعاقدا عقد الإجارة للزم المالك غرم الأجرة في الحال، وربما لا يحصل له من الأشجار شيء، ويتهاون العامل، فلم يبذل المجهود في تعهدها؛ لأنه لا يتحصل من فوائدها على شيء، فدعت الحاجة إلى تجويز هذا العقد، وبه قال مالك وأحمد، وخالف فيه أَبُو حَنِيْفَةَ وقد يقيس الأصحاب المساقاة على القراض في الحجاج معه.

ومسائل الكتاب مذكورة في بابين.

أحدهما: في أركان العقد.

---

(١) قد يورد على هذا التعريف المساقاة بعد خروج الثمار، وسيأتي كلام الشيخ أن الأظهر صحة المساقاة عليها، والتعريف المذكور يقتضي قصرها على الثمرة الحادثة، اللهم إلا أن يقال إن حكم الثمرة الخارجة يعلم من ذلك من باب أولى لأنه أبعد عن الغرر.

(٢) أخرجه البخاري (٣/ ٣٩٣) كتاب الزكاة: باب الاستعفاف عن المسألة (١٤٧٢) وطرفه في (٢٧٥٠ ـ ٤١٤٣ ـ ٦٤٤١) وأخرجه مسلم (٢/ ٧١٧) كتاب الزكاة: باب بيان أنه أفضل الصدقة صدقة الصحيح الشحيح (٩٦ ـ ٣٥ ـ ١).

والثاني: في أحكامه كما ذكر في القراض.

وأما التفاسخ والتنازع، فلم يفرد لها باباً، لأن حظهما هين في هذا العقد إمّا التفاسخ فلأنه لازم، وسبيل الفسخ فيه سبيل الإقالات، وإما التنازع فلأنه معلوم مما ذكره في القراض، وقد أشار إليه إشارة خفيفة في آخر الكتاب.

الباب الأول في الأركان: وهي كأركان القراض، إلا أنه ترك ذكر العاقدين اكتفاء بما مَرَّ في القراض، فبقيت أربعة:

إحداها: الأشجار وهي كرأس المال في القراض، لأنها محل العمل، والتصرف كالمال هناك.

وقوله: «متعلق العقد» يمكن أن يطابق فيه فيقال: العقد كما يتعلق بالأشجار يتعلّق بالثمار، ولذلك عد الثمار ركناً للعَقْد، وليس للترجمة اختصاص بالأشجار، نعم لو قال: متعلّق العمل كان قريباً. وقوله: «إلاّ أن المُسَاقَاة لازمة....» إلى آخره لا يخفى على الناظر أن لفظ الكتاب أنه ليس استثناه محققاً، ثم الغرض منه بيان أن العقدين يشتركان في الأكثر، ويفترقان في الأقل، وذكر في افتراقهما مسائل:

إحداها: المساقاة ليس لأحد المتعاقدين فسخها، بخلاف القراض، لأن العمل في المُسَاقاة يقع في أعيان تبقى بحالها، وفي القراض لا تبقى الأعيان بعد العمل والتصرف، فكان القراض شبيهاً بالوكالة والمساقاة بالإجارة، وأيضاً فإنا لو حكمنا بالجواز، فربما يفسخ المالك بعد العمل، وقبل ظهور الثمار، وحينئذ فإما أن نقطع حق العامل عنها أو لا نقطع. إن قطعناه ضاع سقاء العامل مع بقاء تأثيره في الثمار، وإنه ضرر، وإن لم نقطعه لم ينتفع المالك بالفسخ، بل يتضرر لحاجته إلى القيام ببقية الأعمال، ويخالف القراض، فإن الربح ليس له وقت معلوم، ولا تأثيره بالأعمال السابقة، فلا يلزم من فسخه ما ذكرناه.

الثانية: المساقاة لا بد من تأقيتها كالإجارة، وسائر العقود اللازمة، وهذا لأنها لو تأبدت لتصور من ليس بمالك بصور المالكين، وفيه إضرار بالمالكين، وأيضاً فإن المُسَاقاة تفتقر إلى مدة يقع فيها التعهُّد، وخروج الثمار، ولحصول الثمار غاية معلومة يسهل ضبطها، والقراض يخل به التأقيت؛ لأن الربح ليس له وقت معلوم، فربما لا يحصل في المدة المقدرة.

الثالثة: هل يملك العامل نصيبه من الثمار بالظهور؟ فيه طريقان:

أحدهما: أنه على القولين في ربح مال القراض.

وأظهرهما: القطع بأنه يملك.

والفرق أن الربح وقاية لرأس المال عن الخسران، فلا يملك الربح حتى يسلم رأس المال عن الخسران المحوج إلى الجُبْران، والثمار ليست وقاية للأشجار(١).

قال الغزالي: **وَلِلأَشْجَارِ ثَلاَثُ شَرَائِطَ: الأَوَّلُ أَنْ يَكُونَ نَخِيلاً أَوْ كَرْماً**، وَفِيمَا عَدَاهُمَا مِنَ الأَشْجَارِ المُثْمِرَةِ قَوْلاَنِ، وَكُلُّ مَا يَثْبُتُ أَصْلُهُ فِي الأَرْضِ فَشَجَرٌ إِلاَّ البَقْلَ (و) فَإِنَّهُ يَلْتَحِقُ بِالزَّرْعِ وَالبِطِّيخِ وَالبَاذِنْجَانِ وَقَصَبِ السُّكَّرِ وَأَمْثَالِهِ.

قال الرفعي: المُسَاقاة على النخل وردت بها السُّنَّة والكَرْم في معناها.

وأما غيرها من أنواع النبات، فينقسم إلى ماله سَاقٌ وإلى غيره.

القسم الأول: ماله ساق، وهو على غربين: الأول ماله ثمر كالتين والجوز واللوز والمشمش والتفاح ونحوها، وفيها قولان:

القديم وبه قال مَالِكٌ وأحمد: أنه تجوز المساقاة عليها للحاجة عليها كالنخل والكرم، وأيضاً فقد روي أنه ﷺ: (عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ بِالشَّطْرِ مِمَّا يَخْرُجُ مِنَ النَّخْلِ وَالشَّجَرِ)(٢) والجديد: المنع؛ لأنها أشجار لا زكاة في ثمارها، فأشبهت الأشجار الواقعة في الضرب الثاني، وتخالف النخيل والكرم؛ لأن ثمارها لا تكاد تحصل إلاَّ بالعمل وسائر الأشجار يثمر من غير تعهد وعمل عليها، ولأن الزكاة تجب في ثمرتها، فجوزت المساقاة سعياً في تثميرها ليرتفق بها المالك والعامل والمساكين جميعاً، ولأن الخرص يتأتى في ثمرتها لظهورها وتدلي عنها قيدها، وثمار سائر الأشجار تنتشر وتستتر بالأوراق، فإذا تعذر الخرص تعذر تضمين الثمار للعامل، وربما لا يثق المالك بأمانته فإذاً تجويز المساقاة عليها أهم، وفي شجر المُقل وجهان تفريعاً على الجديد.

عن ابن سُرَيْجٍ تجويز المُسَاقاة عليها تخريجاً لظهور ثمرتها.

---

(١) قيل وأهمل صور أخرى: أحدها: أنها تعتبر من الثلث بأكثر من أجرة المثل في المرض من الأصح بخلاف القراض فإن الجميع من رأس المال. الثانية: أن ما يتلف من النخل لا يجبر بالثمن، وما يتلف من رأس المال يجبر من الربح. الثالثة: تجب زكاتها عليه ببدو الصلاح، وقيل بالقولين. الرابعة: للعامل فيها أن يساقي على الأصح. الخامسة: يجوز شرط الأخير. السادسة: في جوازها على الثمرة الموجودة قولان. السابعة: لا يشتركان في زيادة الأصول والثمار. الثامنة: العمل كله في المساقاة على العامل وعامل القراض يتولى ما جرت العادة به ويستأجر للباقي من مال القراض. التاسعة: أنه يشترط القبول قطعاً ولا يأتي فيه خلاف القراض. العاشرة: لو شرط العامل أن تكون أجرة الإجراء من الثمرة، لم يجز بخلاف القراض كما نقل عن الشيخ نصر المقدسي في تهذيبه.

(٢) أخرجه الدرقطني من رواية ابن عمر(٢/ ٣٧ ـ ٣٨) وقال ابن صاعد وهم يوسف بن موسى القطان في ذكر الشجر ولم يقله غيره.

وقال غيره بالمنع، لأنه لا زكاة فيها[١].

والضرب الثاني: ما لا ثمرة له كالدُّلْب[٢] والصنوبر، وما أشبههما فلا تجوز المُسَاقَّاة عليها.

وعن الشيخ أبي علي وآخرين أنا إذا جوزنا المساقاة على غير النَّخِل والكرم من الأشجار المثمرة، ففي المساقاة على شَجَرِ الفُرصَاد وجهان تنزيلاً لأوراقها منزلة ثمار الأشجار المثمرة، وكذلك في شجر الخلاّف لأغصانها التي تقصد كل سنة أو سنتين.

والقسم الثاني: ما لا ساق لها من النبات، فلا تجوز المساقاة عليه، ومنه البِطِّيخ، والقِثّاء، وقصب السكر والباذنجان والبقول التي لا تثبت في الأرض ولا تجزّ إلاَّ مرة.

وأما ما يثبت في الأرض ويجزّ مرة بعد أخرى، نقل صاحب «التتمة» في وجهين:

الأصح المشهور: المنع؛ لأن المساقاة جوزت رخصة على خلاف القياس، فلا تتعدى إلى غير موردها، ومن هذا القبيل الزروع على تنوعها، فلا يجوز أن يعامل على الأرض ببعض ما يخرج من زرعها[٣] على ما سنشرحه في الفصل الذي يلي هذا الفصل. وقوله في الكتاب: «وفيما عداه من الأشجار المثمرة قولان» فيه لفظان «الشجرة» و«الأثمار». أما الأثمار ففي التقييد به بيان أنه إذا لم يكن الشجر مثمراً لم تجز المساقاة عليه جزماً، وليس ذلك محل القولين.

وأما الشجر فقد بينه بقوله: «وكل يثبت أصله فشجر» أي هو الذي يجري فيه القولان. وأما ما لا ثبات له، فلا يقع عليه اسم الشجر، وليس ذلك موضع القولين.

وقوله: «إلاَّ البقل» يعني أنه مع ثبوت عروقه في الأرض لا يقع عليه اسم الشجر، ولا يجري فيه القولان، فكان اسم الشجر مخصوصاً بذي الساق في عرف اللسان، قال الله تعالى: ﴿وَالنَّجْمُ وَالشَّجَرُ يَسْجُدَانِ﴾ [الرحمن]: ٦.

قيل في التفسير: النجم ما لاساق له من النبات، والشجر ماله ساق، فلا يبعد إعلام قوله: «إلاَّ البقل» بالواو للوجه المروي في «التتمة».

قال الغزالي: **وَلاَ يَجُوزُ (و) هَذِهِ المُعَامَلَةَ عَلَيْهِ لِنَهْيِهِ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ عَنِ المُخَابَرَةِ وَهِيَ أَنْ يَكُونَ البِذْرُ مِنَ العَامِلِ، وَعَنِ المُزَارَعَةِ وَهِيَ (و) أَنْ يَكُونَ البِذْرُ مِنَ**

---

(١) قال النووي الأصح المنع. ينظر الروضة (٤/٢٢٧).

(٢) شجر عظيم الورق لا زهر له ولا ثمر. (ينظر المعجم الوسيط ١/٢٩١).

(٣) في م أرضها.

المَالِكِ، نَعَم يَجُوزُ ذَلِكَ عَلَى الأَرَاضِي المُتَخَلِّلَةِ بَيْنَ النَّخِيلِ وَالكَرْمِ تَبَعاً لِلْمُسَاقَاةِ بِشَرْطِ اتِّحَادِ العَامِلِ وَعُسْرِ إِفْرازِ الأَرَاضِي بِالعَمَلِ، فَلَوْ وَقَعَتْ مُتَغَايِرةً بِتَعَدُّدِ الصَّفْقَةِ أَوْ بِتَفَاوُتِ الجُزْءِ المَشْرُوطِ مِنَ الزَّرْعِ وَالثَّمَرِ أَوْ بِكَثْرَةِ الأَرَاضِي وَإِنْ عَسُرَ إِفْرَازُهَا بِالعَمَلِ أَوْ بَكَوْنِ مِنَ العَامِلِ فَفِي بَقَاءِ حُكْمِ التَّبَعِيَّةِ فِي الصِّحَّةِ خِلاَفٌ.

قال الرافعي: المُخَابرة من الخبير وهو الأكَّار ويقال: هي مشتقة من الخبار، وهي الأرض الرّخوة، ثم ذهب بعض الأصحاب إلى أن المخابرة المزارعة عبارتان عن معبر واحد، ويوافقه قوله في الصِّحاح[١]: والخبير الأكَّار[٢]، ولفظ المخابرة وهي المزارعة ببعض ما يخرج من الأرض، والصحيح وهو ظاهر نص الشافع ـ رضي الله عنه ـ أنهما عقدان مختلفان فالمخابرة هي المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها، والبذر من العامل، والمزراعة هي هذه المعاملة، والبذر من مالك للأرض، وقد يقال: المخابرة اكتراء الأرض ببعض ما يخرج منها، والمزارعة اكتراء العامل ليزرع الأرض ببعض ما يخرج منها، وهذا المعنى لا يختلف[٣] ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: «وهي أن يكون على العامل» ـ وكذا «وهي أن يكون البذر من المالك» ـ بالواو ـ إشارة إلى قول من قال: هما عبارتان عن معبر واحد، فإن عند ذلك القائل ليس واحداً من هذين الخصوصين بداخل في واحد من اللفظين، بل هما عبارتان عن مُجَّرد المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها، وقد اشتهر في الأخبار النهي عن المخابرة.

(قال ابن عمر: كنا نخابر، ولا نرى بذلك بأساً حتى أخبرنا رَافِعُ بْنُ خُدِيْجٍ أن النبي ﷺ نهى عنه فتركناها لقول رَافِعٍ)[٤].

---

(١) إسماعيل بن حماد الجوهري، أبو نصر: أول من حاول «الطيران» ومات في سبيله. لغويّ، من الأئمة. وخطه يذكر مع خط ابن مقلة. أشهر كتبه «الصحاح» وله كتاب في «العروض» ومقدمة في «النحو» أصله من فاراب، ودخل العراق صغيراً، وسافر إلى الحجاز فطاف البادية، وعاد إلى خراسان، ثم أقام في نيسابور. وصنع جناحين من خشب وربطهما بحبل، وصعد سطح داره، ونادى في الناس: لقد صنعت ما لم أسبق إليه وسأطير الساعة؛ فازدحم أهل نيسابور ينظرون إليه، فتأبط الجناحين ونهض بهما، فخانه اختراعه؛ فسقط إلى الأرض قتيلاً سنة ٣٩٣هـ. الأعلام للزركلي ج١.

(٢) ينظر الصحاح للجوهري (٢/ ٥٨٠).

(٣) قال النووي: هذا الذي صححه الإمام الرافعي هو الصواب. وأما قول صاحب «البيان»: قال أكثر أصحابنا: هما بمعنى فلا يوافق عليه فنبهت عليه لئلا يغتر به.

(ينظر روضة الطالبين ٤/ ٢٤٣).

(٤) أخرجه مسلم بلفظ مقارب في الصحيح (٣/ ١١٧٩) كتاب البيوع (٢١) باب كراء الأرض (١٧) الحديث (١٠٦/ ١٥٤٧) و(١٠٧/ ١٥٤٧) وبلفظه التام أخرجه الشافعي في ترتيب المسند=

وعن جَابِرٍ وغيره أن النبي ﷺ (نَهَى عَنِ المُخَابَرةِ)[١] وأما المزارعة، فعن رواية ثابت بن الضَّحَّاكِ أن النبي ﷺ (نَهَى عَنِ المُزَارَعَةِ)[٢].

وقال كثيرون: لم يرد فيها نهي، لكنها شبهت بالمخابرة فأبطلت، وساعدنا على إبطال المخابرة والمزارعة معاً مالك وأبو حنيفة، وأبطل أحمد المخابرة، دون[٣] المزارعة، فيجوز أن يعلم لذلك قوله في الكتاب: «ولا يجوز هذه المعاملة عليه» كذلك بالواو؛ لأن ابن سريج فيما حكاه المسعودي جوز المزارعة[٤].

إذا تقرر ذلك فمهما أفردت الأرض مخابرة، أو مزارعة، فالعقد باطل، ثم إن كان البذر للعامل، فالريع له، وللعامل أجرة مثل عمله، وأجرة مثل الآلات والثيران إن كانت له؛ وإن كان البذر للعامل فالريع له ولمالك الأرض أجرة مثل الأرض على العامل، وإن كان البذر بينهما فالريع بينهما ولكل واحد منهما على الآخر أجرة مثل ما انصرف من المنافع المستحقة له إلى جهة المزارعة، وإذا أراد أن يكون الزرع بينهما على وجه مشروع من غير أن يرجع أحدهما على الآخر شيء، نظر إن كان البذر بينهما، والأرض لأحدهما، والعمل والآلات للثاني، فعن الشافعي ـ رضي الله عنه ـ أن صاحب الأرض يعير نصف أرضه من العامل، ويتبرع العامل بمنفعة بدنه ومنفعة الآته، فيما يتعلق بصاحب الأرض. وقال المُزَنِيُّ: يكري صاحب الأرض نصف أرضه من العامل بعشرة مثلاً، ويكري العامل ليعمل على نصيبه بنفسه والآته بعشرة، ويتقاصَّان.

= (١٣٦١٢) كتاب المزارعة الحديث (٤٤٧) المخابرة والمزارعة متقاربتان وهما المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها من الزرع كالثلث والربع وغير ذلك من الأجزاء المعلومة(النووي شرح صحيح مسلم ١٠/١٩٣).

(١) أخرجه البخاري (٢٣٨١) ومسلم (١٥٣٦).

(٢) أخرجه مسلم في الصحيح(٣/ ١١٨٤) كتاب البيوع(٢١) باب في المزارعة والمؤاجرة(٢٠) الحديث(١١٩/ ١٥٤٩).

(٣) في ط وكذلك.

(٤) قال النووي: قد قال بجواز المزارعة والمخابرة من كبار أصحابنا أيضاً ابن خزيمة وابن المنذر والخطابي وصنّف فيها ابن خزيمة جزءاً وبين فيه علل الأحاديث الواردة بالنهي عنها وجمع بين أحاديث الباب ثم تابعة الخطابي وقال: ضعّف أحمد ابن حنبل حديث النهي وقال: هو مضطرب كثير الألوان قال الخطابي: وأبطلها مالك وأبو حنيفة والشافعي رضي الله عنهم لأنهم لم يقفوا على علته قال: فالمزارعة جائزة وهي عمل المسلمين في جميع الأمصار لا يبطل العمل بها أحد هذا كلام الخطابي والمختار جواز المزارعة والمخابرة وتأويل الأحاديث على ما إذا شرط أحدهما زرع قطعة معينة والآخر آخرى والمعروف في المذهب أبطالهما وعليه تفريع مسائل الباب.
(ينظر روضة الطالبين ٤/ ٢٤٣ ـ ٢٤٤).

قال الأصحاب يكريه نصف أرضه بنصف منافع العامل، ومنافع الآته المصروفة إلى الزراعة، فهذه ثلاثة طرق:

والثالث: أحوطها وإن كان البذر لأحدهما خاصة فإن كان لصاحب الأرض أقرض نصف البذر من العامل، واكتزي منه نصف الأرض بنصف عليه، ونصف منافع الآلات، وحينئذ لا شيء لأحدهما على الآخر إلاَّ ردّ العوض وإن شاء استأجر العامل بنصف البذر، ونصف منفعة تلك الأرض ليزرع له النصف الآخر، وأعار منه نصف الأرض، وإن شاء استأجر بنصف البذر ونصف منفعته تلك الأرض ليزرع ما يبقى من ذلك البذر في تلك الأرض، وإن كان البذر للعامل، فإن شاء أقرض نصف البذر من صاحب الأرض، واكترى منه نصف الأرض بنصف عمله، ومنافع الآلات، وإن شاء اكترى نصف الأرض بنصف البذر، ويتبرع بعمله، ومنافع الآلات، وإن شاء اكترى منه نصف الأرض بنصف البذر، ونصف عمله، ونصف منافع الآلات، ولا بد في هذه الإجارات من رعاية الشرائط كرؤية الأرض والآلات، وتقدير المدة وغيرها، هذا إذا أفردت الأرض بالعقد.

أما إذا كان بين النخيل بَيَاضٌ تجوز المزارعة عليه مع المُسَاقاة على النخيل، وعلى ذلك يحمل ما روي أنه ﷺ (سَاقَى أَهْلَ خَيْبَرَ عَلَى نِصْفِ التَّمْرِ وَالزَّرْعِ)[1].

وسببه الحاجة لعسر الإفراد، ومداخلة البستان، وشرط فيه اتحاد العامل، فلا يجوز أن يساقي واحداً، ويزارع آخر؛ لأن غرض الاستقلال لا يحصل، ويشترط أيضاً تعذر إفراد النخيل بالسقى، وإفراد البياض بالعمل لانتفاع النخيل بسقيه وتغليته، فإن أمكن الإفراد لم تجز المزارعة على البَيَاض. واختلفوا في اعتبار أمور أخر:

أحدها: اتحاد الصفقة، واعلم أن لفظ المُعَامَلةُ يشمل المُسَاقَاة والمزارعة، فلو قال: عاملتك على هذه النخيل، والبياض بينهما بالنصف كفى.

وأما لفظ المساقاة والمزارعة، فلا يغني أحدهما عن الآخر بل، يساقى على النخيل، ويزارع على البياض وحينئذ، فإن قدم المساقاة نظرِ إن أتى بها على الاتصال، فقد اتحدت الصفقة، وتحقق الشرط، وإن فصل بينهما، ففي وجه تصح المزارعة لحصولهما لشخص واحد.

والأصح: المنع، لأنها تتبع، ولا يجوز إفرادها، كما لو زارع مع غير عامل المساقاة، وإن قدم المزارعة فسدت، فإن التابع لا يتقدم على المتبوع، كما لو باع

---

(١) تقدم.

بشرط الرهن لا يجوز تقديم شرط الرهن على البيع وفيه وجه: أنها تنعقد موقوفة إن ساقاه بعدها على النخيل بَانَ صحّتها، وإلاّ فلا.

والثاني: لو شرط للعامل من الثمر النصف ومن[1] الزرع الربع، فأحد الوجهين: أنه لا يجوز، ويشترط تساوي المشروط؛ لأن التفضيل يبطل التبعية، ألاَ تَرَى أنه لو باع شجرة عليها ثمرة لم يبد فيها الصلاح، وقال: بعتك الشجرة بعشرة، والثمر بدينار لم يجز إلاّ بشرط القطع.

وأصحهما: الجواز؛ لأن المزارعة وإن جوزت تبعاً للمساقاة، فكل منهما عقد برأسه.

والثالث: لو كثر البياض المتخلل فوجهان، وإن عسر الإفراد.

أحدهما: المنع؛ لأن الأكثر لا يتبع الأقل.

وأشبهما: الجواز؛ لأن الحاجة لا تختلف، ثم النظر في الكثرة إلى زيادة الثمار، والانتفاع، أو إلى مساحة البياض، ومساحة مغارس الأشجار فيه تردد للأئمة[2].

والرابع: لو شرط كون البذر من العامل جاز في أحد الوجهين، وكانت المخابرة تبعاً للمساقاة كالزراعة، ولم تجز في أصحهما: لأن الخبر ورد في المزارعة، وهي أشبه بالمساقاة؛ لأنه لا يتوظف على العامل فيهما إلاّ العمل وشرط أن يكون البذر من المالك، والثور من العامل أو بالعكس فيه وجهان عن أَبِي عَاصِمٍ العَبَّادِيِّ.

والأصح: الجواز إذا كان البذر مشروطاً على المالك، لأنه الأصل، فكأنه اكترى العامل وثوره. قال: وإن حكمنا بالجواز فيما إذا شرط الثور على المالك والبذر على العامل، فينظر إن اشرط الحب والتِّبْن بينهما جاز، وكذا لو شرط الحب بينهما والتِّبْن لأحدهما لاشتراكهما في المقصود، وإن شرط التِّبْن لصاحب الثور وهو المالك، والحب للآخر لم يجز؛ لأن المالك هو الأصل، فلا يحرم المقصود، وإن شرط التِّبْن لصاحب البذر وهو العامل.

فوجهان: وقيل: لا يجوز شرط الحب لأحدهما والتبن للآخر أصلاً؛ لأنه شركة مع الانقسام، فأشبه ما إذا ساقاه على الكروم، والأشجار، وشرط ثمار الكروم لأحدهما، وثمار الأشجار للآخر.

واعلم أنهم أطلقوا القول في المخابرة بوجوب أجرة المثل للأرض، لكن

---

(١) في أ الثلث.

(٢) قال النووي: أصحهما الثاني. (ينظر الروضة ٤/ ٢٤٥).

في «فتاوى القَفَّال» و«التهذيب» وغيرهما أنه لو دفع أرضاً إلى رجل ليغرس أو يبني، أو يزرع فيها من عنده على أن تكون بينهما على النصف، فالحاصل للعامل، وفيما يلزمه من أجرة الأرض وجهان:

أحدهما: أن الواجب نصف الأجرة؛ لأن نصف الغراس كان يغرسه لرب الأرض بإذنه، فكأنه رضى ببطلان نصف منفعته من الأرض.

وأصحهما: وجوب الجميع؛ لأنه لم يرض ببطلان المنفعة إلاَّ إذا حصل نصف الغراس، فإذا لم يحصل وانصرف كل المنفعة للعامل استحق كل الأجرة، فإذاً ما أطلقوه في المخابرة اقتصار منهم على الأصح، ثم العامل يكلَّف نقل البناء والغراس إن لم تنقص قيمتها، وإن نقصت لم يقلع مجاناً للإذن، ويتخير مالك الأرض فيهما تخير المعير، والزرع يبقى إلى الحصاد، ولو زرع العامل البياض بين النخيل من غير عَقْد قلع زرعه مجاناً. وعن مَالِكٍ ـ رضي الله عنه ـ أنه إن كان دون ثلث البستان كان تابعاً، وإذا لم نجوز المساقاة على ما سوي النخيل والكروم من الأشجار المثمرة على الإنفراد، ففي جوازها تبعاً للمُسَاقاة كالمزارعة وجهان[1].

قال الغزالي: **الثَّانِي أَنْ لاَ تَكُونَ الثِّمَارُ بَارِزَةً، وإِن سَاقَى بَعْدَ البُرُوزِ (م) فَسَدَ عَلَى القَدِيمِ، وَصَحَّ عَلَى الجَدِيدِ لأَنَّهُ عَنِ الغَرَرِ أَبْعَدُ إِذِ العِوَضُ مَوْثُوقٌ بِهِ.**

قال الرافعي: لو أخر هذا الشرط إلى الركن الثاني لكان جائزاً أو أحسن.

وفقهه أن في جواز المُسَاقاة بعد خروج الثمار قولين:

رواية البويطي المنع؛ لأن الثمرة إذا ظهرت وملكها رب البستان كان شرط شيء منها كشرط شيء من النخيل، وأيضاً مقصود المساقاة أن تخرج الثمار بعمله.

وفي «الأم» أنه جائز، وبه قال مَالِكٌ وَأَحْمَدُ، وهو الأصح؟ لأن العقد والحالة هذه أبعد عن الغرر، والوثوق بالثمار، فهو أولى بالجواز، وفي موضع القولين ثلاثة طرق جمعها من شرح «مختصر» الجويني:

أظهرها: أن القولين فيما إذا لم يَبْدُ الصلاح فيها، فأما بعده فلا تجويز بلا خلاف؛ لأن تجويز المساقاة لتربية الثمار وتنميتها، وهي بعد الصلاح لا تتأثر بالأعمال.

والثاني: إجراء القولين فيما إذا بدأ الصلاح، وفيما إذا لم يَبْدُ مالم يتناه نضجها، فإن تناهى، ولم يبق إلاَّ الجذاذ لم يجز بلا خلاف.

---

(١) قال النووي في زيادته: أصحهما الجواز وقيّد الماوردي والروياني الجواز بما إذا كانت قليلة وقضية كلامهم أنه لا فرق بين أن يقل الشجر أو يكثر. (ينظر الروضة ٤/٢٤٦).

والثالث: إجراء القولين في جميع الأحوال، وهذه قضية إطلاق المصنف، فأما إذا كان بين النخيل بياض، تجوز المزارعة عليه تبعاً، فلو كان فيه زرع موجود، ففي جواز المزارعة وجهان، بناء على هذين القولين، [ويجوز إعلام قوله في الكتاب: «فسد» ـ بالميم والألف ـ لما ذكرناه من مذهبهما، وتعبيره عن القولين بالقديم] والجديد شيء اتبع فيه الإمام، ولم يتعرض [الجمهور لذلك، ولا يمكن تنزيل القديم على رواية البُوَيْطيّ، فإن كتابه معدود] من الجديد. وقوله: «إذ العوض موثوق به» أي عوض العمل وهو الثمار.

قال الغزالي: **الثَّالِثُ: أَنْ تَكُونَ الأَشْجَارُ مَرْئِيَّةً وَإِلاَّ فَهُوَ بَاطِلٌ لِلْغَرَرِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ عَلَى قَوْلَيْ بَيْعِ الغَائِبِ.**

قال الرافعي: هل يشترط في المساقاة رؤية الحديقة والأشجار؟ فيه طريقان:

أحدهما: أنه على قولي بيع الغائب.

وثانيهما: القطع بالاشتراط، وإبطال العقد عند عدم الرؤية؛ لأن المساقاة عقد غرر من حيث إن العوض معدوم في الحال، وهما جاهلان بمقدار ما يحصل، وبصفته فلا يحتمل فيه غرر عدم الرؤية أيضاً، وإيراد الكتاب يقتضي ترجيح هذه الطريقة.

قال الغزالي: **الرُّكْنُ الثَّانِي: الثِّمارُ وَلْيَكُنْ مَخْصُوصاً بِمَا شَرَطَا عَلَى ٱلآشْتِبْهَامِ مَعْلُوماً (و) بِالجُزْئِيَّةِ لاَ بِالتَّقْدِيرِ كَمَا فِي القِرَاضِ.**

قال الرافعي: ويشترط في الثمار[1] أن تكون مخصوصة بالمتعاقدين، بينهما، ومعلومة وأن يكون العلم بها من حيث الجزئية دون التقدير، وهي بعينها شروط الربح في عقد القراض، فلو شرط بعض الثمار لثالث فسد العقد، وكذا لو قال: بساقيتك على أن كل الثمار لك، أو كلها لي، وفي استحقاق الأجرة عند شرط الكل للمالك وجهان، كما في القراض.

قال المزني: وهو الأصح لا أجرة له؛ لأنه عمل مجاناً. وقال ابن سريج: يستحقها؛ لأن المساقاة تقتضي العوض، فلا تسقط بالتراضي كالوطء في النكاح، ولو قال: ساقيتك؛ على أن لك جزءاً من الثمار فسد أيضاً، ولو قال: على أنها بيننا، أو على أن نصفها لي، وسكت عن الباقي، أو على أن نصفها لك، وسكت عن الباقي، أو على أن ثمرة هذه النخلة، أو النخلات لك أولى، والباقي بيننا، أو على أن صاعاً من

(١) خرج بالثمار الجرير والكرناف والليف فلا يكون مشتركاً بينهما بل يختص به المالك كما جزم به في المطلب تبعاً للماوردي وغيره.

الثمرة لك أوْلى، والباقي بيننا، فكل ذلك كما مر في القراض.

وقوله في الكتاب «شرطا على الاستبهام» أي على الاشتراك، وقد استعمل الاستبهام والمساهمة بمعنى الاشتراك والمشاركة، وإن كان الأصل في الاستبهام الانتزاع[١]، وهذا بدل قوله: «في القراض» عند شروط الربح مشروطاً مشتركاً، وقد تقرأ هذه اللفظة على الاستيهام ذهاباً منه إلى أن المراد منه ضد التعيين، والتقدير ليخرج عنه ما إذا شرط ثمرة نخلة بعينها لأحدهما والتقدم بصاع وما أشبهه، لكن الأول أولى؛ لأن هذا معنى قوله: «بالجزئية لا بالتقدير» ويجوز إعلامه ـ بالواو ـ لأن صاحب «التتمة» حكى وجهاً في صحّة المساقاة إذا شرط كل الثمرة للعامل لغرض القيام، وتعهد الأشجار وتربيتها.

قال الغزالي: **وَلَوْ سَاقَى عَلَى وَدِيّ غَيْرِ مَغْرُوسٍ لِيَغْرِسَهُ فَهُوَ فَاسِدٌ (و) فَإِنَّهُ كَتَسْلِيمِ البِذْرِ، وإِنْ كَانَ مَغْرُوساً وَقَدَّرَ العَقْدَ بِمُدَّةٍ لاَ يُثْمِرُ فِيهَا فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ يَتَوَهَّمُ وُجُودَ الثِّمَارِ فَإِنْ غَلَبَ الوُجُودُ صَحَّ (و)، وَإِنْ غَلَبَ العَدَمُ فَلاَ(و)، وَإِنْ تَسَاوَى الاحْتِمَالاَنِ فَوَجْهَانِ، ثُمَّ إِنْ سَاقَى عَشَرَ سِنِينَ وَكَانَتِ الثَّمَرَةُ لاَ تَتَوَقَّعُ إِلاَّ فِي العَاشِرَةِ جَازَ فَيَكُونُ ذَٰلِكَ فِي مُقَابَلَةِ كُلِّ العَمَلِ كالأَشْهُرِ مِنْ سَنَةٍ واحِدَةٍ.**

قال الرافعي: إذا ساقاه على وَدِيٍّ[٢] ليغرسه، ويكون الشجر بينهما، فالعقد فاسد؛ لأنه كتسليم البذر في المزارعة، وإن قال: لتغرسه وتتعهد الشجرة مدة كذا على أن تكون الثمرة الحاصلة بيننا، فهو فاسد أيضاً[٣]؛ لأنه قد لا يعلق، ولا حاجة إلى احتمال هذا النوع من الضرر، وأيضا فالغراس ليس من أعمال المساقاة فضمه إليها كضم غير التجارة إلى عمل القراض، وإذا عمل العامل في هذا العقد الفاسد استحق إجرة المثل إن كانت الثمار متوقعة في تلك المدة، وإلاّ فعلى ما ذكرنا من خلاف المزني، وابن سريج، وفي المسألة وجه أن الحكم كما لو كان الوَدِيّ مغروساً، وساقاه عليه، لأن الحاجة قد تدعو إليه في المساقاة. وأبعد منه وجه عن حكاية صاحب «التقريب» فيما إذا شرط بعض الشجرة للعامل، ولو ساقاه على وَدِيٍّ مغروس، نظر إن قدر للعقد مِدة لا يثمر فيها في العادة لم تصح المساقاة لخلُوِّها عن العوض، وكالمُسَاقاة على الأشجار التي لا تثمر، وإذا عمل ففي استحقاقه أجرة المثل الخلاف السابق.

---

(١) في ط الإقتراع.

(٢) هو بواو مفتوحة ودال مكسورة «صغار النخل».

(٣) إذا لم ترد المساقاة على أصل ثابت وهي رخصة فلا تتعدى موردها ولأن الغرس ليس من أعمال المساقاة فأشبه ضم غير التجارة إلى عمل القراض.

قال الإمام: هذا إذا كان عالماً بأنها لا تثمر فيها، وإن كان جاهلاً قطعنا باستحقاق الأجرة، وإن قدرت بمدة يثمر فيها غالباً صح، ولا بأس بخلو أكثر سِنِيِّ المدة عن الثمرة، مثل أن يساقيه عشر سنين، والثمرة لا تتوقع إلاَّ في العاشرة، وتكون هي بمثابة الأشهر من السَّنَة الواحدة، ثم إن اتفق أنها لم تثمر لم يستحق العامل شيئاً، كما لو قارضه فلم يربح أو ساقاه على النخيل المثمرة، فلم تثمر، فإن قدره بمدة يحتمل أن تثمر فيها، ويحتمل ألا تثمر فوجهان:

أصحهما: المنع، وبه أبو إسحاق؟ لأنه عقد على عوض غير موجود، ولا غالب الوجود فأشبه السلم في معدوم إلى وقت يحتمل أن يوجد فيه، ويحتمل خلافه.

والثاني: يصح، ويكتفي بالاحتمال، ورجاء الوجود، فعلى هذا إن أثمرت استحق وإلاَّ فلا شيء له وعلى الأول يستحق أجرة المثل؛ لأنه عمل طامعاً هذه الطريقة التي ذكرها عامة الأصحاب، وجعلوا توقع حصول الثمرة على ثلاث مراتب، كما فصلنا، ونسب الإمام هذه الطريقة إلى القاضي، وحكى طريقتين أخريين.

إحداهما: أنه إن غلب عدمها في تلك المدة بطل، وإلاَّ فوجهان.

الثانية: أنه إن غلب وجودها صح وإلاَّ فوجهان، فيجوز أن يعلم للأولى قوله «فإن غلب الوجود صح» ـ بالواو ـ وللثانية قوله: «فإن غلب العدم فلا».

واعلم أن صور الفصل مبنيّة على تجويز المُسَاقاة أكثر من سنة، وهو الصحيح، وستعرف ما فيه من الخلاف.

فرع:

دفع إليه وَدِيّاً ليغرسه في أرض نفسه على أن يكون الغراس للدافع والثمار بينهما، فهو فاسد [وللعامل عليه أجرة مثل عمله وأرضه.

ولو دفع إليه أرضه ليغرسها بوديّ نفسه على أن يكون الثمرة بينهما فهو فاسد[1]]. أيضاً ولصاحب الأرض أجرتها على العامل.

قال الغزالي: **وَلَوْ قَالَ: سَاقَيْتُكَ عَلَى أَنَّ لَكَ مِنَ الصَّيْحَانِيِّ نِصْفَهُ وَمِنَ العَجْوَةِ ثُلُثَهُ لَمْ يَصِحَّ إلا إِذَا عَرَفَ مِقْدَارَ الأَشْجَارِ، وَإِنْ شَرَطَ النِّصْفَ مِنْهُمَا لَمْ يَشْتَرِطْ مَعْرِفَةَ الأَقْدَارِ، وَلَوْ سَاقَاهُ عَلَى إِحْدَى الحَدِيقَتَيْنِ لا بِعَيْنِهَا، أَوْ عَلَى أَنَّهُ إِنْ سَقَى بِمَاءِ السَّمَاءِ فَلَهُ الثُّلُثُ أَوْ بِالدَّالِيَةِ فَلَهُ النِّصْفُ فَهُوَ فَاسِدٌ لِتَرَدُّدِهِ بيْنَ جِهَتَيْنِ:**

---

(١) سقط في ط وما أكثر السقوط من هذه الفسخة ولذلك وأعفلنا عن كثير من السقوط.

قال الرافعي: إذا كان في الحديقة نوعان من الثمر فصاعداً كالصَّيْحَاني والعَجْوة والدَّقل، فساقى مالكها رجلاً على أن له من الصَّيْحَاني النصف، ومن العجوة السدس أو الثلث، نظر إن علما قدر كل نوع جاز، كما لو ساقاه على حديقتين على أن له النصف من هذه، والثلث من هذه، وإن جهلا أو أحدهما قدر كل نوع لم يجز لما فيه الغَرَر، فإن المشروط فيه أقل الجزءين قد يكون أكثر النصيبين، ومعرفة كل نوع من الأشجار إنما يكون بالظن والتخمين، دون التحقيق، وإن ساقاه على أن له النصف، أو الثلث من الكل صحت المساقاة، وإن جهلا أو أحدهما قدر كل نوع، قال ابْنُ الصَّبَّاغ: والفرق أن قدر حقه من ثمرة الحديقة هاهنا معلوم بالجزئية، وإنما المجهول النوع والصفة، وهنالك القدر مجهول أيضاً لاحتمال والفرق اختلاف ثمرة النوعين في القدر، وحينئذ يكون قدر ماله من ثمرة الكل مجهولاً؛ لأن المستحق على أحد التقديرين نصف الأكثر، وثلث الأقل، وعلى الثاني ثلث الأكثر، ونصف الأقل، والأول أكثر من الثاني، ومعلوم أن الجهل بالقدر أشد، ولو ساقاه على إحدى الحديقتين من غير تعيين، أو على أنه إن سقى بماء السماء، فله الثلث، أو بالدَّالِية، فله النصف لم يصح للجهل بالعمل والعوض، وهو كما لو قارضه على أنه إن تصرف وربح كذا، فله النصف، أو كذا فله الثلث، ولو ساقاه على حديقة بالنصف على أن يساقيه على أخرى بالثلث، أو سنة أخرى، أو على أن يساقية العامل على حديقته فهو فاسد، وهل تصح المساقاة؟.

الثانية: قال في «التهذيب» إن عقدها على شرط العقد الأول لم تصح، وإلاَّ فتصح، وقد مر نظيره في الرهن[(١)].

قال الغزالي: **وَلَوْ سَاقَى شَرِيكَهُ فِي الحَدِيقَةِ وَشَرَطَ لَهُ زِيَادَةً صَحَّ إِنِ اسْتَبَدَّ بِالعَمَلِ، وَإِنْ شَارَكَ الآخَرَ بِالعَمَلِ فَلاَ.**

قال الرافعي: حديقة بين اثنين على السواء ساقى أحدهما الآخر، وشرط له زيادة على ما كان يستحقه بالمِلْك، كما إذا شرط ثلثي الثمرة، فالعقد صحيح، وقد دفع إليه نصيبه بثلث ثمرته، وإن شرط له نصف الثمار أو ثلثها لم يصح؛ لأنه يثبت له عوضاً بالمساقاة؛ إذ النصف مستحق له بالملك، بل يشترط عليه في الصورة الثانية أن يترك بعض ثمرته أيضاً، وإذا عمل في الصورتين، ففي استحقاقه الأجرة اختلاف المزني، وابن سريج، ولو شرط له جميع الثمرة فسد العقد، وهل له الأجرة؟ فيه وجهان؛ لأنه لم يعمل؛ إلاَّ أنه انصرف إليه[(٢)].

(١) لأنه عمل طامعاً وقيده الغزالي كإمامة تفقهاً بما إذا لم يعلم الفساد وعدم التقيد أوجه.

(٢) قال النووي في الروضة (٤/ ٢٣٠) أصحهما له الأجرة.

ولو شرط في المُسَاقاة مع الشريك بأن يتعاونا على العمل فسدت، وإن أثبت له زيادة على ما يستحقه بالمالك، كما لو ساقى أجنبياً على هذا الشرط، ثم تعاونا، واستويا في العمل، فلا أجرة لواحد منهما على الآخر، وإن تعاونا فإن كان عمل من شرط له زيادة أكثر استحق على الآخر الحِصّة من عمله، وإن كان عمل الآخر أكثر، ففي استحقاقه الأجرة خلاف المزني، وابن سريج.

وقوله في الكتاب: «صح إن استبد بالعمل، وإن شارك الآخر في العمل فلا» ليس فيه تعريض للاشتراك، لكنه محمول عليه، معناه: فإن شرط مشاركة الآخر، أما المعاونة من غير شرط، فهي غير ضائرة، وكذا قوله: «إن استبد بالعمل» معناه: أن إفادة العقد بالاستبداد بشرط الاستبداد، أو بإطلاق العقد، ولو ساقى شريكا الحديقة رجلاً، وشرطا له جزءاً من ثمرة الحديقة جاز، وإن لم يعلم العامل نصيب كل واحد منهما، وإن قالا: على أن لك من نصيب أحدنا النصف، ومن نصيب الآخر الثلث من غير تعين لم يجز، فإن عينا فإن علم نصيب كل واحد منهما جاز، وإلاّ فلا. فرعان:

الأول: لو كانت الحديقة[1] لواحد، وساقى اثنين على أن لأحدهما نصف الثمرة، وللآخر ثلثها، إما في صفقة، أو في صفقتين جاز إذا تميز من له النصف، ومن له الثلث.

الثاني: حديقة بين ستة أسداساً، فساقوا عليها واحداً على أن له من نصيب أحدهم النصف، ومن نصيب الثاني الربع، ومن الثالث الثمن، ومن الرابع الثلثين، ومن الخامس الثلث، ومن السادس السدس، فحسابه أن خرج النصف والربع يدخلان في مخرج الثمن، ومخرج الثلثين والثلث يدخلان في مخرج السدس، فتبقى ستة وثمانية، وبينهما موافقة بالنصف نضرب نصف أحدهما في جميع الآخر، يكون أربعة وعشرين، نضربه في عدد الشركاء، وهو ستة، يبلغ مائة وأربعة وأربعين لكل واحد منهم أربعة وعشرين يأخذ العامل ممن شرط له النصف اثنى عشر، ومن الثاني ستة، ومن الثالث ثلاثة، ومن الرابع ستة عشر، ومن الخامس ثمانية، ومن السادس أربعة، فيجتمع له تسعة وأربعون، ويبقى المُلاَّك على تفاوتهم فيه خمسة وسبعون.

قال الغزالي: **الرُّكْنُ الثَّالِثُ: العَمَلُ وَشَرْطُهُ أَنْ لاَ يُضَمَّ إِلَيْهِ عَمَلٌ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ المُسَاقَاةِ، وَأَنْ لاَ يَشْتَرِطَ مُشَارَكَةَ المَالِكَ مَعَهُ فِي اليَدِ بَلْ يَسْتَبِدُّ العَامِلُ بِاليَدِ، ثُمَّ لَوْ شَرَطَ دُخُولَ المَالِك أَيْضاً لَمْ يَضُرَّ (و)، وَأَنْ لاَ يَشْتَرِطَ عَمَلُ المَالِك مَعَهُ بَلْ يَنْفَرِدُ بِالعَمَلِ، وَلَوْ**

---

(١) الحديقة أرض ذات شجر قاله الليث. وقال أبو عبيدة: هي الحائط أي البستان وقال: إنما يقال حديقة البستان عليه حائط.

شَرَطَ أَنْ يَعْمَلَ مَعَهُ غُلاَمُ المَالِكِ صَحَّ عَلَى النَّصِّ، ثُمَّ النَّفَقَةُ عَلَى المَالِكِ إِلاَّ إِذا شَرَطَ عَلَى العَامِلِ فَفِي جَوَازِهِ وَجْهَانِ، وَوَجْهُ المَنْعِ: أَنَّهُ قَطَعَ نَفَقَةَ المَالِك عَنِ المِلْكِ، وَلَوْ شَرَطَ أَنْ يَسْتَأْجِرَ العَامِلَ بِأُجْرِة عَلَى المِالِكِ وَلَمْ يَبْقِ العَامِلِ إِلاَّ الدَّهْقَنَةُ والتَّحَذقُ فِي الاَسْتِعْمَالِ فَفِيهِ وَجْهَانِ.

قال الرافعي: شروط عمل المساقاة قريبة من شروط عمل القراض، وإن اختلفا في الجنس. منها: أنه لا يُشترط عليه عمل ليس من جنس أعمال المساقاة.

ومنها: أن يستبد العامل باليد في الحديقة ليتمكن من العمل متى شاء، فلو شرط كونها في يد المالك، أو مشاركته في اليد لم تجز، ولو سلم المفتاح إليه، وشرط المالك الدخول عليه فوجهان:

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب أنه لا يضر بحصول الاستقلال، والتمكن من العمل.

ووجه الثاني: أنه إذا دخل كانت الحديقة في يده، وقد يتعوَّق بخضوره عن العمل. **ومنها:** أن ينفرد العمل بالعمل، فلو شرط أن يشاركه المالك في العمل فسد العقد، ولو شرط أن يعمل معه غلام الملك، فالنص الجواز، وللأصحاب فيه طريقان:

أحدهما: أنه على وجهين، كما ذكرنا في «القِرَاض»، ومن منع حمل النَّص على ما إذا شرط أن يعمل الغلام ما يتوظف على المالك من الأعمال، كحفر الأنهار، وبناء الحيطان.

وأظهرهما: الجواز جزماً، والفرق بين المساقاة والقراض أن في المساقاة بعض الأعمال على المالك، وله باعتبار ذلك يد ومُدَاخَلة، فجاز أن يشترط فيه عمل غلامه، وفي القراض لا عمل على المالك أصلاً فلا يجوز شرط عمل غلامه، والمسألة مصورة فيما إذا كان الشرط أن يعاونه، ويكون تحت يده.

أما إذا شرط أن يكون التدبر للغلام، ويعمل العامل برأيه، أو أن يعملا ما اتفق رأيهما عليه لم تجز بلا خلاف، ثم إن جوزنا فلا بد من معرفة الغلام بالرؤية، أو الوصف. وأما نفقته ففى جواز شرطها على العامل وجهان:

أحدهما: المنع لما فيه من قطع نفقة المالك على المِلْك، وبهذا قطع المسعودي.

وأظهرهما: الجواز؛ لأن العمل في المُسَاقاة على العامل؛ ولاَ يبعد أن يلتزم مؤنة من يعمل معه، ويعاونه كاستئجار من يعمل معه، وعلى هذا فهل يجب تقديرها؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، فيبين ما يدفع إليه كل يوم من الخبز والإدام.

والثاني: لا، وبه أجاب الشيخ أبو حامد، بل يحمل على الوسط المعتاد، لأنه يتسامح بمثل ذلك في المعاملات.

ولو شرط أن تكون النفقة على المالك جاز. وعن مالك: منعه، وإن شرطاها في الثمار. قال في «التهذيب»: لا يجوز؛ لأن ما يبقى يكون مجهولاً.

وقال صاحب «الإفصاح»: يجوز؛ لأنه قد يكون ذلك من صلاح المال، ويشبه أن يتوسط[1]، فيقال: إن شرطاها من جزء معلوم، بأن يتعاقدا بشرط أن يعمل الغلام على أن يكون ثلث الثمار للمالك، وثلثها للعامل، ويصرف الثلث الثالث إلى نفقة الغلام، فهو جائز، وكان المشروط للمالك ثلثاها، وإن شرطاها في الثمار من غير تقدير جزء لم يجز، وإن لم يتعرضا للنفقة أصلاً، فالمشهور أنها على المالك بحكم الملك.

وذكر صاحب «الإفصاح» وراءه احتمالين:

أحدهما: أنها تكون من الثمرة.

والثاني: أنه يفسد العقد.

وفي «المهذب»[2] ذكر وجه أنها تكون على العامل؛ لأن العمل عليه، وليس للعامل استعمال الغلام في عمل نفسه إذا فرغ من عمل الحديقة.

ولو شرط أن يعمل له بطل العقد، ولو كان له برسم الحديقة غلمان يعملون فيها لم يدخلوا في مطلق المساقاة؛ لأنه ربما يريد تفريغهم لشغل آخر.

وعن مالك: أنهم يدخلون فيه.

ولو شرط استئجار العامل من يعمل معه من الثمرة بطل العقد؛ لأن قضية المساقاة أن تكون الأعمال ومؤناتها على العامل، ولأنه لا يدري أن الحاصل للعامل كم هو؟ حتى لو شرط له ثلثي الثمرة ليصرف الثلث إلى الأجراء، ويخلص له الثلث، فعن القَفَّالِ أنه يصح، فإذا امتنع شرط الأجرة في الثمرة فأولى أن يمتنع شرط أدائها من سائر أموال المالك، هذا ما ذكره المزني، وعامة الأصحاب. ونقل صاحب الكتاب وجهين فيما إذا شرط أن يستأجر بأجرة على المالك، وأشار بقوله: «ولم يبق للعامل إلاّ الدَّهْقَنة وَالتَّحَذُّق في الاستعمال» إلى توجيه الجواز معناه: أن المالك قد لا يهتدي إلى الدَّهْقَنة، واستعمال الأجراء أو لا يجد من يباشر الأعمال، أو من لا يأتمنه، فتدعو الحاجة إلى

(١) في ط ويشبه أن يكون ذلك يتوسط.

(٢) في (أ) وفي التهذيب ذكر وجهاً آخر.

أن يساقي من يعرف ذلك لينوب عنه في الاستعمال.

قال الغزالي: **وَيُشْتَرطُ تَأْقِيتُ المُسَاقَاةِ لأنها لاَزِمَةٌ فَيَضُرُّ التَّأْبِيدُ، وَلْيُعَرِّفِ العَمَلَ جُمْلَةً، ثُمَّ لِيُعَرِّفْ بِالسَّنَةِ العَرَبِيَّةِ، فَإِنْ عَرَّفَ بِإِدْرَاكِ الثِّمَارِ جَازَ عَلَى الأَصَحِّ، فَإِنْ عَرَّفَ بِالعَرَبِيَّةِ فَبَرَزَتِ الثِّمَارُ فِي آخِرِ المدَّةِ وَلَمْ تُدْرَكْ فِي المُدَّةِ فَالعَامِلُ شَرِيكٌ فِيهَا.**

قال الرافعي: اشتراط التأقيت في المُسَاقاة قد سبق ذكره في أول الباب، ويتعلق هذا الركن به من جهة أن العمل يجب تعريفه ببيان المدة دون التعيين والتفصيل، ثم إن أقت بالأشهرأو السِّنين العربية فذاك. وإن أقت بإدراك الثمار فوجهان:

أحدهما: أنه يجوز لأنه قد يتقدم تارة، ويتأخر أخرى، فليقدر بما تقدر به الإجارات والآجال في العقود.

والثاني: لا يجوز؛ لأنه المقصود من هذا العقد، ألاَ تَرَىَ أنه لو أقت بالزمان كان الشرط أن يعلم أو يظن الإدراك فيه فإذا تعرض للمقصود كان أولى، وهذا أصح عند صاحب الكتاب، والأول أصح عند الأكثرين، وهو المذكور في «التهذيب» وإذا قلنا بالثاني، فلو قال: ساقيتك سنة، وأطلق فيحمل على سنة عربية، أو على سنة الإدراك؟ فيه وجهان، زعم الشيخ أبو الفَرَجِ السَّرْخَسِيُّ أن أصحهما الثاني. وإذا قلنا بالأول لو أقت بالزمان فأدركت الثمار، وبعض المدة باقية وجب على العامل أن يعمل في تلك البقية، ولا أجرة له، وإن انقضت المدة، وعلى الأشجار طلع أو بلح، فللعامل نصيبه منها، وعلى المالك التعهُّد إلى الإدراك، فإن حدث الطلع بعد المدة، فلا حق له فيه.

وجواز المساقاة أكثر من سنة على الأقوال التي نذكرها في جواز الإجارة أكثر من سنة، وإذا جوزناها فهل يجب أن يبين[١] حصته كل سنة أم يكفي قوله: ساقيتك على النصف لاستحقاق النصف كل سنة؟ فيه وجهان أو قولان كما في الإجارة، وفي «المهذب» طريقة أخرى قاطعة بوجوب البيان؛ لأن الاختلاف في الثمار يكثر، وفي المنافع يقل، ولو فارت بين الجزء المشروط في السَّنتين لم يضر.

وفيه وجه: أنه على الخلاف فيما إذا أسلم في جنس إلى آجال، ولو ساقاه سنين، وشرط له ثمرة سنة بعينها، والأشجار بحيث تثمر كل سنة لم يصح[٢]؛ لأنها ربما لا تثمر تلك السنة، فلا يكون للعامل شيء أو إلاَّ تلك السنة، فلا يكون للمالك شيء،

---

(١) في ط يعين.

(٢) ولو ساقاه تسع سنين وشرط له ثمرة العاشرة لم يصح قطعاً وكذا إن شرط له ثمرة التاسعة على الصحيح. (ينظر روضة الطالبين ٤/ ٢٣٣).

ويخالف ما لو ساقاه على وَدِيٍّ عشر سنين، والثمرة لا تتوقع إلاَّ في العاشرة لتكون هي بينهما أنه شرط له سهماً من جميع الثمرة، ولو أنه أثمر قبل سنة التوقع لم يستحق العامل منها شيئاً. وقوله في الكتاب: «وليعرف العامل عمله» لا ينبغي أن يقرأ على الأمر؛ لأنه حينئذ يكون المراد منه أنه لا يشترط تفصيل الأعمال، وهذا قد ذكره في آخر الباب، فليزم التكرار، وأيضاً فإن المسألة لا تتعلّق بركن العمل، ولكنه معطوف على قوله: لأنها لأزمة المعنى أنه يشترط تأقيت المساقاة للزومها، وليكون التأقيت معرفاً للعمل مقدراً بجملته. وقوله: «ثم ليعرف بالسنة «العربية» المراد ليعرف بالزمان، وذكر العربية يجري على سبيل التمثيل لا لتخصيص التأقيت بها، فإن التأقيت بالرومية وغيرها جائز إذا علماها، نعم فإذا أطلقا لفظ السّنة انصرف إلى العربية، وكذا سبيل قوله: «وإن عرفت بالعربية».

قال الغزالي: **الرُّكْنُ الرَّابِعُ: الصِّيغَةُ (و) فَيَقُولُ: سَاقَيْتُكَ عَلَى هَذِهِ النَّخِيلِ بِالنِّصْفِ أَوْ عَامَلْتُكَ فَيَقُولُ: قَبِلْتُ، فَلَوْ عَقَدَ بِلَفْظِ الإِجَارَةِ لَمْ يصح عَلَىَ الأَظْهَرِ (و) لِفَقْدِ شَرْطِ الإِجَارَةِ، وَلاَ يُشْتَرَطُ (و) تَفْصِيلُ الأَعْمَالِ فَإِنَّ العُرْفَ يُعَرِّفُهَا.**

قال الرافعي: يجوز أن يعلم قوله: «الركن الرابع» بالواو للوجه المكتفي به العقود بالتراضي والمُعَاطاة، وكذا في القراض وغيره، ثم أشهر صيغ هذا العقد أن يقول: ساقيتك على هذه النخيل بكذا، أو عقدت معك عقد المساقاة.

قال الأئمة: وتنعقد بكل لفظ يؤدي معناها، كقوله: سلمت إليك نخلي لتتعهدها على أن يكون لك كذا، أو عمل هذه النخيل، أو تعهد نخيلي بكذا، وهذا يجوز أن يكون جواباً على أن مثله من العقود ينعقد بالكتابة، ويجوز أن يكون ذهاباً إلى أن هذه الألفاظ صريحة، ونظيره أنا على رأي يقول: صرائح الرجعة غير محصورة، ويعتبر القبول في المساقاة، ولا تجيء فيها الوجوه المذكورة في القراض والوِكَالَةِ للزومها هكذا قال الإمام، وصاحب الكتاب، ولو تعاقدا بلفظ الإجارة، فقال المالك: استأجرتك لتعهُّد نخلي بكذا من ثمارها، فيه وجهان جاريان في الإجارة بلفظ المساقاة. **أحدهما**: الصحة لما بين العقدين من المشابهة، واحتمال كل واحد من اللفظين معنى الآخر.

وأظهرهما: المنع، لأن لفظ الإجارة صريح في غير المُسَاقاة، فإن أمكن تنفيذه في موضعه نفذ فيه، وإلاَّ فهو إجارة فاسدة[1]، والخلاف نازع إلى أن الاعتبار باللفظ أو

---

(١) قال الإسنوي: وتصحيح عدم مشكل مخالف للقواعد، فإن الصريح في بابه إنما يمنع أن يكون كناية في غيره إذا وجد نفاذاً في موضوعه كقوله لزوجته: أنت عليّ كظهر أمي ناوياً للطلاق، فلا =

المعنى، ولو قال: ساقيتك على هذه النخيل بكذا ليكون أجرة لك، فلا بأس لسبق لفظ المساقاة، هذا إذا قصد بلفظ الإجارة المساقاة، أما إذا قصد الإجارة نفسها، فينظر إن لم تخرج الثمرة لم يجز؛ لأن الشرط أن تكون الأجرة في الذمة، أو موجودة ومعلومة، وإن خرجت فإن بَدَاَ الصلاح فيها جاز، سواء شرط ثمرة نخلة معينة، أو جزءاً شائعاً، هكذا أطلقوه، لكن يجيء فيه ما سنذكره في مسألة قفيز الطّحان وأخواتها، فإن لم يَبْدُ فيها الصلاح، فإن شرط له ثمرة نخلة بعينها، جاز بشرط القطع، وكذا لو شرط كل الثمار له، وإن شرط جزءاً شائعاً لم يجز، وإن شرط القطع لما سبق في البيع، وإن عقد لفظ المُسَاقاة فالصحيح وهو المذكور في الكتاب أنه لا حاجة إلى تفصيل الأعمال، بل يحمل في كل ناحية على عرفها الغالب.

وفيه وجه: أنه يجب تفصيلها؛ لأن العرف يكاد يضطرب، وما ذكرناه فيما إذا علم المتعاقدان العرف المحمول عليه، فإن أو أحدهما وجب التفصيل لا محالة.

البَابُ الثَّاني فِي أَحْكَامِها

قال الغزالي: **وَحُكْمُهَا وَجُوبُ كُلِّ عَمَلٍ يَتَكَرَّرُ فِي كُلِّ سَنَةٍ وَتَحْتَاجُ إِليهِ الثِّمَارُ مِنَ السَّقْيِ وَالتَّقْلِيبِ وَتَنْقِيَةِ الآبَارِ (و) وَالأَنْهَارِ وَتَنْحِيَةِ الحَشِيشِ المُضِرِّ وَالقُضْبَانِ وَتَصْرِيفِ الجَرِيدِ وَتَسْوِيَةِ الجَرِينِ وَرَدِّ الثِّمَارِ إِلَيهِ، وَمَا لاَ يَتَكَرَّرُ فِي كُلِّ سَنَةٍ وَيُعَدُّ مِنَ الأُصُولِ فَهُوَ عَلَى المَالِكِ كَحَفْرِ الآبَارِ وَالأَنْهَارِ الجَدِيدَةِ وَبِنَاءِ الحِيطَانِ وَنَصْبِ الدُّولاَبِ وأَمْثاله وَأُجْرَةِ النَّاطُورِ وَجِدَادِ الثَّمَرَةِ وَرَدْمِ ثَلْمَةٍ يَسِيرَةٍ فِي طَرَفِ الجِدَارِ خِلاَفٌ.**

قال الرافعي: غرض الفصل بيان ما يجب على عامل المساقاة من الأعمال، وما لا يجب، وكل عمل تحتاج إليه الثمار لزيادتها أو إصلاحها ويتكّرر كل سنة، فهو على العامل، وإنما اعتبر التكرار كل سنة، لأن ما لا يتكرر كل سنة يبقى أثره، وفائدته بعد ارتفاع المساقاة، وتكليف العامل مثل ذلك إحجاف به فمن هذا القبيل السقي، وما يتبعه من إصلاح طريق الماء والأجاجين[١] التي يقف فيها الماء، وتنقية الآبار، والأنهار من الحَمَأة ونحوها، وإدارة الدولاب، وفتح رأس الساقية، وسدها عند السقي على ما لا يقتضيه الحال، وفي تنقية النهر وجهان آخران:

أحدهما: أنها على المالك كحفر أصل النهر.

= تطلق. ويقع الظهار بخلاف قوله لأمته: أنت طالق، فهو كنايه في العتق لأنه لم يجد نفاذاً في موضوعه، ومسألتنا من ذلك.

(١) ما يحوط على الأشجار شبه الأحواض.

والثاني: عن أبي إسحاق المروزي: أنها على من شرطت عليه من المتعاقدين، فإن لم يذكراها فسد العقد وعنه تقليب الأرض بالمَسَاحى، وتكريتها في المزارعة.

قال في «التتمة»: وكذا تقويتها بالزبل، وذلك بحسب العادة، ومنها التلقيح[١] والطَّلع الذي يلقح به على المالك؛ لأنه عين مال، وإنما يكلف العامل العمل. ومنه تنحية الحشيش المضر[٢]، والقضبان المضرة بالشجر. وذكر الشافعي - رضي الله عنه - تصريف الجريد، والجريد سعف النخل، وحاصل ما قاله الأزهري وغيره في تفسير تصريف الجريد شيئان:

أَحدهما: قطع ما يضر تركه يابساً، وغير يابس.

والثاني: ردّها عن وجوه العناقيد، وتسوية العناقيد بينها لتصيبها الشمس، وليتيسر قطعها عند الإدراك، ومنه تعريش الكَرْم حيث جرت العادة به.

قال في «التتمة»: ووضع الحشيش فوق العناقيد صوناً لها عن الشمس عند الحاجة. وفي حفظ الثمار وجهان:

أحدهما:[٣] وهو الذي ذكره ابن الصَّباغ وغيره أنه على العامل، كما أن حفظ المال في المضاربة على العامل، فإن لم يحفظ بنفسه فعليه مؤنة من يحفظ.

وأقيسهما: أنه على المالك و العامل جميعاً، بحسب اشتراكهما في الثمرة؛ وهذا لأَن الذي يجب على العامل ما يتعلّق باستزادة الثمار وتنميتها، ويجري الوجهان في حفظ الثمار عن الطيور والزَّنَابير بإن يجعل كل عنقود في قَوْصَرَّةٍ، فيلزمه ذلك على الأظهر عند جريان العادة، والقوصرة على المالك. وفي جذاذ الثمار وجهان:

أحدهما: أَنها لا تجب على العامل؛ لوقوعه بعد كمال الثمار.

وأَصحهما: الوجوب، لأَن الصلاح به يحصل، وهذا ما أَورده الأَكثرون.

وفي «الرقم» طرد الوجهين في تجفيف الثمار، والظاهر وجوبه إِذا اضطردت العادة به أَو شرطاه[٤]، واذا وجب التجفيف تهيئة موضع التجفيف وتسويته.

---

(١) وهو صنع شيء من طلع الذكور في طلع الإناث، وقد يستغني بعض النخيل عن الوضع المذكور لكونها تحت ريح الذكور، فيحمل الهواء ريح الذكور إليها.

(٢) ولو عبر بالكلأ، لكان أولى لأن الكلأ يقع على الأخضر واليابس والحشيش لا يطلق إلا على اليابس على المشهور. قاله في مغني المحتاج.

(٣) في ط أظهرهما.

(٤) قال الخطيب الشربيني وليس هذا القيد من محل الخلاف.

ويسمى البَيْدَر والجرين، ونقل الثمار إليه، وتقليبها في الشمس من وَجْه إلى وجه وأمَّا مَا لا يتكرر كل سنة ويقصد به حفظ الأصول، فهو من وظيفة المالك، وذلك: كحفر الأنهار والآبار الجديدة، . والتي انهارت بها الحيطان، ونصب الأبواب والدولاب ونحوها، وردم الثلم اليسيرة التي تنفق في الجدران فيه وجهان، كما في تنقية الأنهار، والأشبه اتباع العرف، وكذلك في وضع الشوك على رؤوس الجدران وجهان، والآلات التي يوفى بها العمل؛ كالفأس، والمعول، والنجل، والمِسْحاة والثِّيران، والفدان في المزارعة، والثور الذي يدير الدولاب على المالك.

وفيه وجه أنها على من شرط المتعاقدين، ولا يجوز السكوت عنها، وهذا ما أورده أبو الفرج السَّرخسي في «الأمالي»، ويحكى عن أبي إسحاق.

وخراج الأرض الخراجية على المالك، وكذلك كل عَيْن تتلف في العمل بلا خلاف، وكل ما يجب على العامل يجوز له استئجار المالك عليه، ويجيء فيه وجه آخر. ولو شرط على المالك في العهد بطل العقد، وكذلك ما يجب على المالك لو شرط على العامل بطل العقد، ولو فعله العامل بغير إذن لم يستحق شيئاً، وإن فعل بإذن المالك استحق الأجرة. واعلم أن جميع ما ذكرناه مبني على الصحيح في أن تفصيل الأعمال لا يجب في العقد، فإن أوجبناه فالمتبع الشرط إلاَّ أنه لا يجوز أن يكون الشرط مغيراً وضعَ العقد هذا فقه الفصل. وأما ما يتعلق بالكتاب خاصة فليعلم قوله: وتنقية الآبار والأنهار ـ بالواو واعترض بعض من شرح هذا الكتاب في موضعين من الفصل:

أحدهما: أن لفظ الكتاب، وتصريف الجرين، ورد الثمار إليه.

والشافعي ـ رضي الله عنه ـ إنما ذكر تصريف الجريد بالدَّال قال: والصواب أن يكتب. وتصريف الجريد، وتسوية الجرين، ورد الثمار إليه.

والثاني: أنه جعل الجذاذ من المختلف فيه، وأنه على العامل بالاتفاق، فلك أن تقول: أما الثاني فدعوى الاتفاق وهم، والوجهان مسطوران في «المهذب» و«التهذيب» و«الرقم» وغيرها.

وأما الأول: فقد عرفت أن التجفيف قد يحوج إلى تسوية الجرين، وحمل التصريف على التسوية ليس يبعد فإذاً لا ضرورة إلى تغيير نظم الكتاب، وغايته أن يكون تصريف الجريد مسكوتاً عنه على أن قوله: «وتنحية الحشيش المضر، والقضبان» ما يفيد بعض معناه. وقوله: «وفي أجرة النَّاظور» المراد منه مؤنة الحفظ، والناظر والناظور حافظ الكروم، والجمع النَّواظر ذكر أن النظرة هي الحفظ بالعين، وقد يقال: نَّاطُور بالطاء غير المعجمة.

قال الغزالي: **وَإِذَا هَرَبَ العَامِلُ قَبْلَ تَمَامِ العَمَلِ ٱسْتَقْرَضَ القَاضِي عَلَيْهِ أَو ٱسْتَأْجَرَ مَنْ يَعْمَلُ عَلَيْهِ، فإِنْ عَمِلَ المَالِكُ بِنَفْسِه سَلَّم الثِّمَارَ للعَامِلِ وَكَانَ هُوَ مُتَبَرِّعاً، وكَذَا لَوِ ٱسْتَأْجَرَ عَلَيْهِ إِذْ لَيسَ لَهُ أَنْ يَحْكُمَ لِنَفْسِهِ، وَلَوْ عَجَزَ عَنِ الحَاكِمِ فَكَمِثْلِ (و) إِنْ لَمْ يُشْهِدْ عَلَى ٱلاَسْتِئْجارِ، وَإِنْ أَشْهَدَ فَوَجْهَانِ، ثُمَّ لَهُ أَنْ يَفْسَخَ العَقْدَ إِذَا عَجَزَ وَيُسَلِّمُ إِلى العَامِلِ أُجْرَةَ مِثْلِ مَا عَمِلَ قَبْلَ الهَرَبِ، فإِنْ تَبَرَّعَ أَجْنَبِيٌّ بِالعَمَلِ فَلَهُ أَنْ يَفْسَخَ إِذ قَدْ لاَ يَرْضَى بِدُخُولِهِ مِلْكَهُ * وإِنْ عَمِلَ الأَجْنبِيُّ قَبْلَ أَنْ يَشْعُرَ بِهِ المَالِكُ سَلَّم الثِّمَارَ لِلعَامِلِ وَكَانَ الأَجْنَبِيُّ مُتَبرِّعاً عَلَيْهِ لاَ عَلَى المَالِكِ.**

قال الرافعي: تصدّر المسأله بقول جملي، وهو أن بناء هذا الفصل، والذي يليه على أن المساقاة لازمة على ما مر لا كالقراض، ثم تقول: إذا هرب العامل قبل تمام العمل، ينظر إن تبرع المالك بالعمل، أو بمؤنته بقي إستحقاق العامل مجاناً، وإلاَّ رفع الأمر إلى الحاكم، وأثبت عنده المساقاة لينفذ في طلبه، فإن وجده أجبره على العمل؛ وإلاَّ استأجر عليه من يعمل، وممّ يستأجر؟ إن كان للعامل مال فمنه، وإلاَّ فإن كان بعد بُدُوِّ الصلاح باع نصيب العامل كله، أو بعضه بحسب الحاجة من المالك، أو من غيره، واستأجر بثمنه، وإن كان قبل بدو الصلاح.

أما قبل خروج الثمرة، أو بعده استقرض عليه من المالك، أو من أجنبي، أو من بيت المال، واستأجر به ثم يقضيه العامل وإذا رجع، أو يقضي من نصيبه من الثمرة بعد بدو الصلاح، أو الإدراك، ولو وجد من يستأجره بأجرة مؤجلة توفي بالأجرة استغنى عن الاستقراض، وحصل الغرض، وإن عمل المالك بنفسه، أو أنفق عليه ليرجع، نظر إن قدر على مراجعة الحاكم فلم يفعل، فهو متبرع لا رجوع له، وإن لم يقدر، فإن لم يشهد عليه لم يرجع أيضاً؛ إلاَّ ألاَّ يمكنه الإشهاد ففيه وجهان، وربما حكى وجه مطلق.

أنه يرجع، فإن أشهد، فأصح القولين أنه يرجع للضرورة.

الثاني: لا يرجع، وإلاَّ صَارَ حاكماً لنفسه على غيره. وننبه هاهنا لفائدتين

إحداهما: الوجهان في الرجوع إذا لم يمكنه الإشهاد قريبان من الوجهين فيما إذا أشهد للعجز عن الحاكم للعذر والضرورة.

لكن الذي رجحه الجمهور أنه لم يشهد لا يرجع من غير فرق بين الإمكان وعدم الإمكان، ويجوز أن يكون سببه أن عدم إمكان الإشهاد نادر لا يعتد به.

الثانية: الإشهاد المعتبر أن يشهد على العمل أو الاستئجار، وأنه بذل ذلك بشرط الرجوع. وأما الإشهاد على ذلك من غير التعرُّض للرجوع فهو كترك الإشهاد، قاله من

«الشامل». وإذا أنفق المالك بأمر(١) الحاكم ليرجع ففيه وجهان:

وجه المنع: أنه متهم في حق نفسه، فالطريق أن يسلمُ المال إلى الحاكم ليأمر غيره بالإنفاق، ولو استأجره لباقي العمل ففيه وجهان أيضاً، بناء على ما لو أجر داره، ثم أكراها من المكتري. ومتى تعذر إتمام العمل بالاستقراض تمم بغيره، فإن لم تخرج الثمرة بعد؛ فللمالك فسخ العقد.

وعن ابن أبي هريرة: أنه لا يفسخ، ولكن يطلب الحاكم من يساقي عن العامل، فربما يفضل لشيء.

والمذهب الأول، لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه، فأشبه ما إذا أبق العبد المبيع قبل القبض، فإن خرجت الثمرة، فهي مشتركة، فإن بدأ الصلاح فيها بيع نصيب العامل كله، أو بعضه بقدر ما يستاجر به من يعمل، وإن لم يَبْدُ الصلاح فيها وقد تعذر بيع نصيبه وحده(٢)، لأن شرط القطع في الشائع لا يغني.

فإما أن يبيع المالك نصيبه معه يشترط القطع في الكل، وإما أن يشتري المالك نصيبه، فيجوز على أحد الوجهين في أن بيع الثمار قبل بدوّ الصلاح من صاحب الشجرة يستغني عن شرط القطع، فإن لم يرغب في بيع ولا شراء، وقف الأمر حتى يصطلحا.

ويتفرع على ثبوت الفسخ قبل خروج الثمرة فرعان:

أحدهما: إذا فسخ غرم للعامل أجرة مثل ما عمل.

ولا يقال: تتوزع الثمار على أجرة مثل جميع العمل، إذا الثمار ليست موجودة(٣) عند العقد حتى يقتضي العقد التوزيع فيها. **والثاني**: لو جاء أجنبي وقال: لا تفسخ لأعمل نيابة عن العامل، لم تلزمه الإجابة، لأنه قد لا يأتمنه ولا يرضى بدخوله ملكه.

نعم لو عمل نيابة عنه من غير شعور المالك حتى حصلت الثمار، سلم العامل نصيبه منها، وكان الأجنبي متبرعاًعليه.

هذا ما ذكروه. وقيل: إذا وجد من يتبرع بالعمل كان كما ما لو وجد مال لم يستأجر منه، أو وجد من يقرض حتى لا يجوز للمالك الفسخ لكان قريباً.

وقوله: في الكتاب، «ولو عجز عن الحاكم، فكمثل إن لم يشهد» يجوز أن يعلّم ـ بالواو ـ للوجه المطلق، وللوجه المخصوص بما إذا لم يشهد لعدم الإمكان.

---

(١) في ط بإذن.

(٢) في ط بيع بعضه أوكله.

(٣) في ط معلومة.

وقوله: «ثم له أنه يفسخ القعد» مطلق، لكن موضعه ما إذا لم تخرج الثمرة كما قرّرناه. كذلك أورده الأكثرون.

وفي «المهذب» أنه يفسخ، فإذا فسخ نظر إن لم تخرج الثمرة، فللعامل الأجرة، فإن خرجت فهي بينهما. وهذا يوافق إطلاق الكتاب، لكن لا يكاد يفرض للفسخ بعد خروج الثمار فائدة، ثم هو معلّم ـ بالواو ـ لوجه ابن أبي هريرة، والعجز عن العمل بالمرض ونحوه كالهرب.

قال الغزالي: **فَإِنْ مَاتَ العَامِلُ تَمَّمُ(و) الوَارِثُ العَمَلَ مِنْ تَرِكَتِهِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ تَرِكَةٌ فَلَهُ أَنْ يُتَمِّم مِنْ مَالِهِ لِأَجْلِ الثِّمَارِ، فَإِنْ أَبَى (وم) لِمْ يَجِبْ عَلَيْهِ شَيْءٌ إِذَا لَمْ يَكُنْ تَرِكَةٌ وَسَلَّمَ إِلَيْهُ أُجْرَةَ العَمَلِ المَاضِي وَفَسَخَ العَقْدَ لِلمُسْتَقْبَلِ.**

قال الرافعي: إذا مات مالك الأشجار في أثناء المدة لم تنفسخ المُسَاقاة، بل يستمر العامل على شغله، ويأخذ نصيبه من الثمار، وإن مات العامل في المُسَاقاة إما أن تكون واردة على عين العامل، أو في الذمة.

إن وردت على عينه انفسخت بموته كما لو مات الأجير المعين تنفسخ الإجارة، وإن كانت في الذمة، فقد روى وجه أنها تنفسخ، وكأنه موجه بأنه ربما لا يرضى بيد غيره وتصرفه. والصَّحيح وعليه يتفرع كلام الكتاب أنها لا تنفسخ كالإجارة.

وعلى هذا، فينظر إن خلف العامل تركة يقتسم تمّم الوارث العمل بأن يستأجر منها من يعمل و إلاَّ فإن أتم الوارث بنفسه، أو استأجر من ماله من يتمْ، فعلى المالك تمكينه إن كان أميناً مهتدياً إلى أعمال المُسَاقاة، ويسلم له المشروط، فإن أبي لم يجبر عليه. وعن رواية القاضي «أبي حامد» وصاحب «التقريب» وجه آخر أنه يجبر عليه لقيامة مقام المورث وحكى هذا عن مَالِكٍ. والمذهب الأول، لأن منافعه خالص حقه، وإنما يجبر على توفية ما على المورث من تركته.

نعم لو خلف تركة وامتنع الوارث من الاستئجار منها استأجر الحاكم، وإن لم يخلف تركه، فلا يستقرض على الميت بخلاف الحي إذا هرب، ومهما لم يتم العمل، فالقول في ثبوت الفسخ، وفي الشركة وفصل الأمر إذا خرجت الثمار كما ذكرنا في الهرب. واعلم أن ما ذكرناه من انقسام المساقاة إلى ما يرد على العين، وإلى ما يتعلق بالذمة مبني على ظاهر المذهب في النوعين، وتردد بعضهم في صحة المساقاة على العين لما فيه من التضييق.

فرع:

نقل صاحب «التتمة» أنه إذا لم تثمر الأشجار أصلاً، أو تلفت الثمار كلها بجائحة

أو غصب فعلى العامل إتمام العمل، وإن تضرر به كما أن عامل القراض يكلف التنضيض وإن ظهر الخسران في المال، ولم ينل إلا التعب.

وهذا أشبه مما ذكره في «التهذيب» أنه إذا هلكت الثمار كلها بالجائحة ينفسخ العقد، إلاَّ أن يزيد بعد تمام العمل، وتكامل الثمار.

قال: وإن هلك بعضها، فالعامل بالخيار بين أن يفسخ العقد، و لا شيء له وبين أن يجيز ويتم العمل، ويأخذ نصيبه من الباقي.

قال الغزالي: **وَإِنْ ادَّعَى المَالِكُ سَرِقَةً أَوْ خِيَانَةً عَلَى العَامِلِ فَالقَوْلُ قَوْلُ العَامِلِ فَإِنَّهُ أَمِينٌ، فَإِنْ ثَبَتَتْ خِيَانَتُهُ يُنْصَبُ (و) عَلَيهِ مُشْرِفٌ وَعَلَيهِ(و) أُجْرتُهُ إِنْ ثَبَتَ بالبَيِّنَةِ خِيَانَتُهُ، وإنْ لِمْ يُمْكِنْ حِفْظُهُ بِالمُشْرِفِ أُزِيلَتْ (م و) يَدهُ وَاسْتُؤْجِرَ عَلَيهِ.**

قال الرافعي: دعوى المالك الخيانة والسرقة على العامل في الثمار، أو السعف لا تقبل حتى يبين قدر ما خان فيه، ويحرِّر الدعوى.

فإذا حررها وأنكر العامل، فالقول قوله مع يمينه.

وقوله في الكتاب: «فإنه أمين» قد يستدرك عليه فإن الأمانة غير مؤثرة في هذا الحكم بل القول قول المدعي عليه في نفي المدعى أميناً كان أو لم يكن فإن ثبتت خيانته بالبينة أو بإقرار، أو بيمين المالك بعد نكوله.

فالذي ذكره المُزَنِيُّ في جواب المسائل التي فرعها على أصل الشافعي ـ رضي الله عنه ـ في «المختصر» أن يستأجر عليه من يعمل عنه.

وقال في موضع آخر: يضم إليه أمين يشرف عليه، وبه قال مَالِكٌ ـ رضي الله عنه ـ فجعلهما بعضهم قولين.

والجمهور نزلوهما على حالين: إن أمكن حفظه بضم مشرف إليه قنع به وإلا أُزيلت يده بالكلية، واستؤجر عليه من يعمل عنه، وهذا ما أورده في الكتاب.

ثم إذا استؤجر عليه فالأجرة في ماله؛ لأن العمل مستحق عليه.

أما أجرة المشرف، فكذلك الجواب فيها على المشهور في «التتمة» أن ذلك مبني على أن مؤنة الحفظ على العامل، وأن المقصود من ضم المشرف إليه الحفظ.

أما إذا قلنا: أن الحفظ عليهما فكذلك أجرة المشرف، وإذا عرفت ما ذكرناه جاز لك إعلام قوله: «أزيلت يده واستؤجر عليه» بالميم، وكذلك بالواو، وصح قوله: «وينصب عليه مشرف» لطريقة القولين وقوله: «وعليه أجرته» لما ذكرناه في «التتمة»

وقوله: «إن ثبت بالبينة خيانته» غير محتاج إليه، إذ لا فرق في وجوب الأجرة

عليه بين أن تثبت خيانته بالبينة، أو بالإقرار، أو اليمين بعد النكول.

ذكر في «الوسيط» أن أجرة المشرف على العامل إن ثبت خيانته بإقراره أو بينته، وإلاَّ فعلى المالك فسوى بين البينة والإقرار.

وقوله: وإلاَّ فعلى المالك فيه إشكال، لأنه إذا لم تثبت خيانته فما ينبغي أن يتمكن المالك من ضم المشرف إليه لما فيه من إبطال استقلاله باليد.

قال الغزالي: **فَإِنْ خَرَجَتِ الأَشْجَارُ مُسْتَحَقَّةً فَلِلْعَامِلِ أُجْرَةُ عَمَلِهِ عَلَى الغَاصِبِ، فَإِنْ كَانَتِ الثِّمَارُ بَاقِيَةً أَخَذَهَا المُسْتَحِقُّ، فَإِنْ تَلَفَ غُرِّمَ العَامِلُ مَا قَبَضَهُ لنَصِيبِهِ ضَمَانَ (و) المُشْتَرِىَ فَإِنَّهُ أَخَذَهُ فِي مُعَاوَضَةٍ، وَنَصِيبِ المُسَاقِي، وَكَذَا الأَشْجَارُ إِذَا تَلِفَتْ يُطَالَبُ بِهَا الغَاصِبُ، وفِي مُطَالَبَةِ العَامِلِ بِهَا وَجْهَانِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ يَدَهُ لَمْ يَثْبُتْ عَلَيْهِ مَقْصُوداً بِخِلاَفِ المُودِعِ، فإِنْ طُولِبَ رَجَعَ (و) بِهِ عَلَى الغَاصِبِ رُجُوعَ المودِعِ.**

قال الرافعي: الأشجار التي وردت المساقاة عليها إذا خرجت مستحقة أخذها المالك مع الثمار إن كانت باقية، وان جففاها، ونقصت القيمة بالتجفيف استحق الأرضَ أيضاً، ويرجع العامل على الغاصب الذي ساقاه بأجرة المثل، كما غصب نقرة فاستأجر رجلاً ليضر بها دراهم يأخذها المالك، ويرجع الضراب بالأجرة على الغاصب.

وفيه وجه أنه لا أجرة له تخريجاً على قولي الغرور، لأنه هو الذي أتلف منفعه نفسه وتشبيهاً بفوات الثمار بالاستحقاق بفواتها في المساقاة الصحيحة بجائحة، وإن اقتسما الثمار واستهلكاها.

فأما نصيب العامل فالمالك بالخيار بين أن يطالب بضمانة الغاصب، أو العامل وقرار الضمان على العامل؛ لأنه أخذه عوضاً في معاوضة، فأشبه المشتري من الغاصب وذكر في «التتمّة» أن بعض الأصحاب ذكر في المسألة على ما إذا أطعم الغاصب المالك الطعام المغصوب، فيجيء من هذا وجه أن القرار على الغاصب.

وأما نصيب الغاصب فللمستحق مطالبته بها، وفي مطالبة العامل وجهان:

أظهرهما: عند المعظم المطالبة بثبوت يده عليها، كما لا يطالب عامل القراض إذا خرج مال القراض مستحقًّا، وكما يطالب المودع من الغاصب.

والثاني: المنع؛ لأن يده لم تثبت عليه مقصوداً بخلاف المودع، بل يد العامل مستدامة حكماً، وهو نائب في الحفظ والعمل كأجير يعمل في حديقة.

وعلى الوجهين يخرج ما إذا تلفت جميع الثمار قبل القسمة بجائحة، أو غصب فإن أثبتنا يد العامل عليها، فهو يطالب بضمانها وإلاَّ فلا، ولو تلف شيء من الأشجار،

ففيه هذان الوجهان. وإذا قلنا بأن العامل مطالب بنصيب الغاصب، فإذا غرمة ففي رجوعه على الغاصب الخلاف المذكور في رجوع المودع، والظاهر أنه يرجع، وهذا الذي ذكره صاحب الكتاب ومواضع العلامات في الفصل غير خافية،

ومنها: قوله: «ضمان المشتري» فإنه قصد الإشارة به إلى الاستقرار.

وفيه ما حكاه صاحب «التتمة».

وقوله: «ونصيب المساقي» أراد به هاهنا الغاصب الذي هو في صورة المالك، وقد يسمى العامل مساقياً؛ لأن كل واحد من المفاعلة مفاعل، ولو حذف لفظ الغاصب من قوله: «يطالب به الغاصب» لكان أقرب إلى الفهم، لأنه إذا اختلف اللفظ أذهب الوهم إلى اختلاف المعنى، والمراد من المُسَاقي هو الغاصب.

قال الغزالي: **وَإِنَ اَخْتَلَفَ المُتَعَاقِدَانِ فِي قَدْرِ الجُزْءِ المَشْرُوطِ تَحَالَفَا(م) كَمَا فِي القِرَاضِ.**

قال الرافعي: إذا اختلف المتعاقدان في قدر المشروط للعامل، ولا بَيِّنة تحالفا، كما ذكرنا في «القراض» ولذا تحالفا وتفاسخا قبل العمل فلا شيء للعامل، وإن كان بعده، فللعامل أجرة مثل عمله.

وعن مالك ـ رضي الله عنه ـ أنهما لا يتحالفان بعد العمل، بل القول قول العامل وعن أحمد: أن القول قول المالك، وإن كان لأحدهما بيِّنة قضى بهما، فإن كان لكل واحد منهما بينة، فإن قلنا بالتهاتر وهو الأصح فكما لو لم تكن بينة فيتحالفان.

وإن قلنا بالاستعمال فيقرع بينهما، ولا يجرى قول الوقف، والقسمة؛ لأن الاختلاف في العقد، والعقد لا يوقف ولا يقسم، وقيل يجيء قول القسمه في القدر المختلف فيه، فينقسم بينهما نصفين. ولو ساقاه شريكان في الحديقة، ثم قال العامل: شرطتما لي نصف الثمار وصدقه أحدهما. وقال: الثاني بل شرطنا الثلث، فنصيب المصدق يقسم بينه وبين العامل، وفي ونصيب المكذب الحكم بالتحالف. ولو شهد المصدق للمكذب، أو للعامل قُبِلَت شهادته، لأنه لا يجر بها نفعاً، ولا يدفع بها ضرراً، وإذا اختلف في قدر الأشجار المعقودة عليها، أو في رد شيء من المال، أو هلاكه، فالحكم على ما ذكرنا في القراض.

فروع:

أحدهما: أذا بدأ الصلاح في الثمرة، فإن وثق المالك بالعمل؛ تركها في يده إلى وقت الإدراك، فيقسمان حينئذ إن جوَّزناها، أو يبيع أحدهما نصيبه من الثاني، أو يبيعان من ثالث، فإن لم يثق به، وأراد تضمينه التمر أو الزبيب، فيبنى على أن الخرص عبرة

أو تضمين أن جعلنا عبره لم يجز، وإن جعلنا تضمين، فالأصح جوازة كما في الزكاة.

وقد روى النبي ﷺ (أنه خرص على أهل خيبر)

وقيل: لا يجوز لأنه بيع الرطب بالتمر مع تأخر أحد العوضين، ويخالف الزكاة؛ لأنها مبنية على المسامحة، وكذا قضية خيبر، لأنه يتسامح في معاملات الكفار ما لا يتسامح في غيرها. ويجري الخلاف فيما لو أراد العامل تضمين المالك بالخرص.

الثاني: إذا انقطع ماء البستان، وأمكن رده، ففي تكليف المالك السقي وجهان:

أحدهما: لا يكلف كما لا يجبر أحد الشريكين على عمل العمارة[١]، وكما لا يجبر المكري على عمارة الدار المكراة.

والثاني: يكلف؛ لأنه لا يتمكن العامل من العمل إلاَّ به، فأشبه ما إذا استأجره لقصارة ثوب بعينة يكلف تسليمه إليه، فعلى هذا لو لم يسع في رده لزمه للعامل أجرة عمله، فإن لم يمكن رد الماء، فهو كما لو تلفت الثمار بجائحة[٢].

الثالث: السواقط وهي السقف التي تسقط من النخل يختص بها المالك وما يتبع الثمرة فهو بينهما. قال الشيخ «أبو حامد»: ومنه الشَّماريخ.

الرابع: دفع بهيمته إلى غيره ليعمل عليها، وما رزق الله عزّ وجلّ، فهو بينهما فالعقد فاسد، لأن البهيمة يمكن إجارتها، فلا حاجة إلى إيراد عقد عليها فيه غرر.

ولو قال: تعهد هذه الأغنام على أن يكون لك دَرّها ونسلها بيننا، فكذلك لأن النماء[٣] لا يحصل بعمله.

ولو قال: اعتلف هذه من عندك، ولك النصف من درها، ففعل وجب بدل العلف على صاحب الشاة، والقدر المشروط من الدّر لصاحب العلف مضمون في يده لحصوله بحكم بيع فاسد، والشاة غير مضمونة؛ لأنها غير مقابلة بالعوض، ولو قال: خذ هذه الشاة، واعلفها لتسمن، ولك نصفها، ففعل فالقدر المشروط منها لصاحب العلف مضمون عليه دون الباقي.

الخامس: قال في «التتمة»: إن كانت المساقاة في الذمة، فالمعامل أن يعامل غيره لينوب عنه ثم، إن شرط له من الثمار مثل ما شرط المالك له أو دونه فذاك، وإن شرط

(١) في ط على الضمان.

(٢) قال النووي أصحهما لا يكلف (الروضة ٤/ ٢٤١).

(٣) في ط الدر.

له أكثر من ذلك، فعلى الخلاف في تفريق الصفقة إن جوزناه وجبت للزيادة أجرة المثل، وإن لم نجوزة، فالجميع له، وإن كانت المساقاة على عينه لم يكن له أن ينيب، ويعامل غيره، فلو فعل انفسخت المساقاة بشركة العمل، وكانت الثمار كلها للمالك، ولا شيء للعامل. والعامل الثاني إن كان عالماً بفساد العقد فلا شيء له، وإلاّ ففي استحقاقه أجرة المثل ما ذكرناه في خروج الثمار مستحقة.

كِتَابُ الإِجَارَةِ

قال الغزالي: **وَفِيهِ ثَلاَثَةُ أَبْوَابٍ: البَابُ الأَوَّلُ فِي أَرْكَانِ صَحَّتِهَا وَهِيَ بَعْدَ العَاقِدَيْنِ ولاَ يَخْفِي أَمْرُهُمَا ثَلاَثَةٌ الأَوَّلُ الصِّيغَةُ وَهِيَ أَنْ يقَوْلَ: أَكْرَيْتُكَ الدَّارَ أَوْ أَجَرْتُكَ فَيَقُولُ: قَبِلْتُ، وَيَقُومُ مَقَامَهُمَا (و) لَفْظُ التَّمْلِيكِ وَلَكِنْ يُشْتَرَطُ أَنْ يُضِيفَ إِلَى المَنْفَعَةِ فَيَقُولَ: مَلَّكْتُكَ مَنْفَعَةَ الدَّارِ شَهْراً، وَالظَّاهِرُ (و) أَنَّ لَفظَ البَيْعِ لاَ يَقُومُ مَقَامَ التَّمْلِيكِ لأَنَّهُ مَوْضُوعٌ لِمِلْكِ الأَعْيَانِ.**

قال الرافعي: نفتتح الباب بمقدمات:

إحداها: أنه سيعمل في هذا العقد لفظتان:

إحداهما: الإجارة، وهذا اللفظة وإن اشتهرت في العقد، فهي في اللغة اسم للأجرة، وهي كراء الأجير وذكر «ابن الصباغ»[1] في «الشامل» أنه يقال لها: إجارة أيضاً ـ بالضم ـ ويقال: استأجرت دار فلان، وأجر لي داره ومملوكه يؤجرها إيجاراً، فهو مؤجر وذاك مؤجر، ولا يقال: مؤاجر ولا آجر.

أمَّا المؤاجر فهو من قولك: أجر الأجير مؤاجرة كما يقال: زارعه وعامله، وآجر هذا «فاعل» وإجر داره أفعل فاعل، ولا يجر منه مفاعل.

وأمَّا الأجر فهو فاعل من قولك: أجره يأجره ويأجيره ويأجره أجراً إذا أعطاه أجراً، وقولك: أجره يأجره إذا صار أجيراً له.

وقوله تعالى: **﴿عَلَى أن تَأْجُرَنِي ثَمانِيَ حِجَجٍ﴾** [القصص: ٢٧] فسره بعضهم بالمعنى الأول، فقال: تعطيني من تؤويجي إياك رعيَ الغنم هذه المدة، وبعضهم بالثاني فقال تصير أجرى وإذا استأجرت عاملاً لعمل فأنت آجر بالمعنى الأول؛ لأنك تعطي الأجرة، وهو أجر بالمعنى الثاني؛ لأنه يصير أجيراً لك، وأجره إليه لغة في آجره، أي: أعطاء أجره، ولأجير فعيل بمعنى مفاعل، كالجليس والنديم، هذا تلخيص ما ذكره أئمة

---

(١) في الأصول: الجبان.

اللغة[١]. والثانية: الإكراء يقول: أكريت الدار فهي مكراة، ويقال: اكتريت واستكريت وتكاريت بمعنى، ورجل مكاري والكرى على فعيل المكاري والمكتري أيضاً والكراء، وإن اشتهر اسماً للأجرة فهي في الأصل مصدر كاريت.

المقدمة الثانية: أصل هذا العقد من الكتاب قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] وقصة موسى وشعيب - عليهما السلام - ومن الخبر نحو قوله ﷺ: (أَعْطُوا الأَجِيرَ أُجْرَتَهُ قَبْلَ إِنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ)[٢].

ومن الأثر فيما روى أن علياً عليه السلام: (آجَرَ نَفْسَهُ مِنْ يُهُودِيٍّ يَسْتَقِي لَهُ كُلَّ دَلْوٍ بِتَمْرَةٍ)[٣]. ثم الحاجة داعية إليه ظاهرة، وهو متفق على صحته، إلاّ ما يحكى فيه عبد الرحمن بن كيسان الأصم[٤].

---

(١) الإجارة لغة بكسر الهمزة مصدر أجره يأجره أجراً وإجارة، فهو مأجور، هذا المشهور. وحكي عن الأخفش والمبرد: آجره بالمد فهو مؤجر، فأما اسم الأجرة نفسها، فأجارة بكسر الهمزة وضمها وفتحها، حكى الثلاثة ابن سيده في «المحكم» واشتقاق الأجارة من الأجر، وهو: العوض، ومنه سمي الثواب أجراً، لأن الله تعالى يعوض العبد على طاعته ويصبره على مصيبته. ويقال: أجرت الأجير وآجرته بالقصر والمد: أعطيته أجرته، وكذا أجره الله تعالى، وآجره: إذا أثابه. أنظر الصحاح: ٢/ ٥٧٢، المصباح المنير: ١/ ١١. وإصطلاحاً: عرفها الحنفية بأنها: عقد على المنافع بعوض. وعرفها الشافعية بأنها: تمليك منفعة بعوض بشروط معلومة. وعرفها المالكية بأنها: تمليك منفعة غير معلومة زمناً معلوماً بعوض معلوم. وعرفها الحنابلة بأنها: عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئاً فشيئاً مدة معلومة من عين معلومة أو موصوفة في الذمة أو عمل معلوم بعوض معلوم. انظر فتح القدير: ٥/ ٥٨١ المبسوط للسرخسي: ١٥/ ٧٤، مجمع الأنهر: ٢/ ٣٦٨، مغني المحتاج: ٢/ ٣٣٢، الإقناع: ٢/ ٧٠، مواهب الجليل: ٥/ ٣٨٩، شرح الخرشي: ٧/ ٢، أسهل المدارج: ٢/ ٣٢١، كشاف القناع: ٣/ ٥٤٦، الإنصاف: ٦/ ٣.

(٢) أخرجه ابن ماجه من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما في السنن ٢/ ٨١٧، كتاب الرهون (١٦)، باب أجر الأجراء (٤)، الحديث (٢٤٤٣)، وروي عن أبي هريرة رضي الله عنه، أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦/ ١٢١، كتاب الإجارة، باب إثم من منع الأجير أجره، وعزاه لأبي يعلى الموصلي الهيثمي في مجمع الزوائد ٤/ ٩٧، كتاب البيوع، باب إعطاء الأجير والعامل، وعن جابر رضي الله عنه: عزاه الهيثمي في المصدر نفسه للطبراني في «المعجم الأوسط».

(٣) أخرجه ابن ماجه في السنن (٢٤٤٦) والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ١١٩).

(٤) عبد الرحمن بن كيسان أبو بكر الأصم فقيه معتزلي مفسر قال ابن المرتضى: كان من أفصح الناس وأفقههم وأورعهم خلا أنه كان يخطىء علياً عليه السلام في كثير من أفعاله ويصوب معاوية في بعض أفعاله. وله «تفسير» وصف بأنه عجيب و «مقاولات» في الأصول ومناظرات مع ابن الهذيل العلاف قال ابن حجر: هو من طبقة ابن الهذيل وأقدم منه وقال القاضي عبد الجبار: كان جليل القدر يكاتبه السلطان.

(ينظر الأعلام ٣/ ٣٢٣).

والفاشاني[١]. مقدمة أخرى اختلف الأصحاب في أن العقود عليه في الإجارة ماذا؟ فمن أبي إسحاق وغيره أن المعقود عليه العين ليستوفي منها المنفعة؛ لأنَّ المنافع معدومة، ومورد العقد يجب أن يكون موجوداً، وأيضاً فإن اللفظ مضاف إلى العين، ألا تَرىَ أنّك تقول: أجرتك هذه الدار؟ وقال المعظم: العين غير معقود عليها؛ لأنّ المعقود عليه ما يستحق بالعقد، ويجوز التصرف فيه، والعين ليست كذلك، فإن المعقود عليه المنفعة، وبه قال أحمد وأبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ ومالك، وعليه ينطبق قول الجمهور أن الإجارة تمليك المنافع به بعوض، ثم حققوا ذلك بأن عين الثوب مثلاً تتعلّق به ثلاثة أمور:

أحدها: صلاحيته لأن يلبس.

والثاني: الفائدة الحاصلة باللبس كاندفاع الحر والبرد.

الثالث: نفس اللبس المتوسط بينهما، واسم المنفعة يقع عليهما جميعاً، ومورد العقد المستحق إنما هو الثالث، ويشبه ألاَّ يكون ما حكيناه خلافاً محققاً، لان من قال: المعقود عليه العين لا يعني به أن العين تملك بالإجارة كما تملك بالبيع، أَلاَ تَرىَ أنه قال: المعقود عليه العين لاستيفاء المنفعة؟ ومن قال: المعقود عليه المنفعة لا يقطع الحق عن العين بالكلمة، بل له تسلم العين وإمساكها مدة العقد لينتفع بها.

وإذا عرفت هذه المقدمات فلإجارة تنقسم إلى صحيحة، وإلى غيرها، وإذا صحت ترتب عليها أحكام، ودامت إلى انتهاء مدتها إلاَّ أن يعرض ما يقتضي فسخاً أو انفساخاً، فالكلام في ثلاثة مقاصد أدرجها المصنف في ثلاثة أبواب:

أحدها: في أركان صحة الإجارة.

والثاني: في أحكامها إذا صحت.

والثالث: في العوارض المقتضية للفسخ والانفساخ.

أمّا الباب الأول: فقد نخطر لك أولاً أنه ترجمه بأركان الصحة، فأضاف الأركان إلى الصحة، وكذلك فعل في القراض، وأضاف في البيع، وأكثر العقود الأركان إلى نفسها، فهل لذلك من سبب؟

---

(١) أبو طاهر، عمر بن عبد العزيز بن أحمد الفاشاني، بالفاء والشين المعجمة، قرية من قوى مرو. وكان إماماً فاضلاً، فقيهاً، متكلماً، عارفاً بالتواريخ، وأيام الناس ولكن غلب عليه علم الكلام حتى عُرف به، وقرأ على الشيخ أبي حامد، وقرأ علم الكلام على أبي جعفر السِّمْناني، قاضي الموصل، تلميذ الباقلاّني، وسمع وحدث. ولد سنة خمس وثمانين وثلثمائة، ومات بمرو سنة ثلاث وستين وأربعمائة، ودفن بفاشان.

والجواب: أنه لا فرق بين عقد وعقد في الأمور المسماه أركاناً فإذا أُضيفت إلى نفس العقد، فعلى المعنى الذي حكيناه عن «الوسيط» في أول البيع، وإن أُضيفت إلى الصحة، فعلى المعنى الذي ذكرناه آخراً هناك، وهي أنها أمور معتبرة في الصحة على صفة مخصوصة.

وثانيها: أنه عد الأركان دون العاقدين ثلاثة، وفي البيع مع المتعاقدين ثلاثة، وسببه أنه في البيع أخذ المعقود عليه بمطلقه ركناً، وأنه يشمل العوضين، وهاهنا جعل كل واحد منهما ركناً برأسه، ولا فرق في الحقيقة وقوله: «في العاقدين، ولا يخفى أمرهما» أشار به إلى ما يعتبر فيهما من العقل والبلوغ، كما تقدم في سائر التصرفات.

الركن الأول: الصيغة وهي أن تقول: أكريتك هذه الدار، أو أجرتكها مدة كذا بكذا، فيقول على الأتصال قبلت أو أستاجرت أو اكتريت[١]. ولو أضافهما إلى المنفعة فقال: أكريتك منافع هذه الدار، أو أجرتكها فوجهان:

أظهرهما: وبه أجاب في «الشامل» أنه يجوز، ويكون ذكراً لمنفعة ضرباً من التأكيد، كما لو قال: بعتك عين هذه الدار[٢] ورقبتها يصح البيع.

والثاني: المنع، وهو الذي أورده[٣] في الكتاب؛ لأن لفظ الإجارة وضع مضافاً إلى العين، وإن كان العقد في الذمة، فقال: ألزمت ذمتك كذا، فقال قبلت جاز، وأغنى عن الإجارة والإكراء، وإن تعاقدا بصيغة التمليك، نظر: إن أضافها إلى المنفعة، فقال: ملكتك منفعتها شهراً جاز؛ لأن الإجارة تمليك منفعة بعوض.

ولو قال: بعتك منفعة هذه الدار شهراً، فأحد الوجهين، وبه قال ابن سريج: أنه يجوز؛ لأن الإجارة صنف من البيع.

وأظهرهما: المنع؛ لأن البيع موضوع لملك الأعيان، فلا يستعمل في المنافع، كما لا ينعقد البيع بلفظ الإجارة هذا هو النقل الظاهر.

وقوله والمذكور في الكتاب: ووراءه شيئان غريبان:

أحدهما: طرد صاحب «التهذيب» الوجهين في قوله: «بعتك هذه الدار» فيما لو قال: ملكتك منفعتها.

---

(١) قال الأذرعي: كأنه أراد الصريح وفي ملكتك وجه، والظاهر أنعقادها بالكفايات كالبيع وبالاستيجاب والإيجاب وباشارة الأخرس المفهمة وبالمكاتبة كالبيع على ما مر ويجري في المعاطاة ما سبق في البيع وبالإكتفاء بها جزم أبو الحسن الكرخي وصورتها أن يتفقا على شيء ثم يتقابضا عقبه بلا عقد.

(٢) من أ عين هذه الدار وابتفتك رقبتها. (٣) من أ أورده الإمام.

والثاني: حكى أبوُ العَبَّاس الروياني طريقة قاطعة بالمنع فيما إذا قال بعتك منفعة هذه الدار، ويجوز أن يعلم للأول قوله في الكتاب: «ويقوم مقامها لفظ التمليك»، ولو قال: ملكتك أو بعتك هذه الدار لم تنعقد به الإجارة.

قال الغزالي: **الرُّكْنُ الثَّاني: الأُجْرَةُ فإِنْ كَانَتْ فِي الذِّمَّةِ فَهِيَ كَالثَّمَنِ حَتَّى يَتَعَجَّلَ (ح م) بِمُطْلَقِ العَقْدِ، وإِنْ كَانَ مُعَيّناً فَهُوَ كَالمَبِيعِ فَيُرَاعِي شَرَائِطَهُ فَلَوْ أَجَّرَ دَاراً بِعمَارَتِها أَوْ بِدَرَاهِمَ مَعْلُومَةٍ بِشَرْطِ صَرْفِها إِلَىَ العِمَارَةِ بِعَمَلِ المُسْتَأْجِرِ فَهُوَ فَاسِدٌ لأَنَّ العَمَلَ فِي العِمَارَةِ مَجْهُولٌ، وَلَوْ كَانَتِ الأُجْرَةُ صُبْرَةً مَجْهُولَةً جَازَ كَمَا فِي البَيْعِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ عَلَى قَوْلَيْنِ كَمَا فِي رَأْس مَالِ السَّلَمِ.**

قال الرافعي: الأجارة تنقسم إلى: واردة على العين، كما إذا استأجر دابة بعينها[1] ليركبها، أو يحمل عليها، أو شخصاً بعينه لخياطة ثوب.

وإلى واردة على الذمة كما إذا استأجر دابة موصوفة للركوب، أو للحمل، أو قال: الزمت ذمتك خياطة ثوب أو بناء جدار فقبل.

وقوله: استأجرتك لكذا أو لتفعل كذا وجهان.

أظهرهما: أن الحاصل به إجارة عين للإضافة إلى المخاطب، كما لو قال: استأجرت هذه الدابة.

والثاني: ويحكى عن اختيار القاضي حُسَيْنٍ أن الحال الحاصل إجارة في الذمة، لأن المقصود حصول العمل من جهة المخاطب، فكأنه قال: استحققت عليك كذا، وإنما تكون إجارة عين على هذا إذا زاد فقال استأجرت عينك أو نفسك لكذا، أو لتعمل بنفسك كذا. وإجارات العقارات لا تكون إلاَّ من القسم الأول، لأنها لا تثبت في الذمة، ألاَ تَرىَ أنه لا يجوز السَّلم في دار ولا أرض.

إن وردت الإجارة على العين لم تجب الأجرة في المجلس؟ كما لا يجب الثمن في البيع، ثم إن كانت في الذمة فهي كالثمن في الذمة في جواز الاستبدال، وفي أنه إذا شرط فيها التأجيل أو التنجيم كانت مؤجلة أو منجمة، وإن شرط التعجيل كانت معجلة، وإن أطلق ذكرها تعجلت أيضاً، وملكها المكري بنفس العقد، واستحق استيفاءها إذا سلم العين إلى المستأجر، وبهذا قال أحمد.

---

(١) قال السبكي ليس المراد بالعين ما تقدم فيه الخلاف بين أبي إسحاق وغيره وإنما الخلاف أن تكون مرتبطة بالغير والمراد بالعين المتقدمة المورد.

وقال أبو حنيفة ومالك: لا تملك الأجرة عن الإطلاق بنفس العقد، كما لا يملك المستأجر المنفعة، فإنها معدومة، ولكن يملكها شيئاً فشيئاً، كذلك الأجرة، إلاَّ أن المطالبة كل لحظة مما يعسر، فضبط أبو حنيفة باليوم، وقال: كلما مضى يوم طالبه بأجرته، وهذا رواية عن مالك ـ رضي الله عنه ـ قال في رواية: لا يستحق أخذ الأجرة حتى تنقضي المدة بتمامها.

لنا أن الأجرة عوض في معاوضة تتعجّل بشرط التعجيل، فتتعجل عند الإطلاق كالثمن، وكذلك تقول: يملك المستأجر المنفعة في الحال، وينفذ تصرفه فيها، إلاَّ أنها تستوفي على التدريج.

وقولهم بأنها معدومة يشكل بما إذا شرط التعجيل، فإن الشرط لا يجعل المعدوم موجوداً. ثم قال: الأصحاب المنافع إمَّا موجودة، وإمَّا ملحقة بالموجودات، ولهذا صح إيراد العقد عليها، وجاز أن تكون الأجرة ديناً في الذمة، ولولا أنها ملحقة بالموجودات لكان ذلك في معنى بيع الدَّين بالدَّين.

ويجب أن تكون الأجرة معلومة القدر، والوصف كالثمن إذا كان في الذمة[١]، وقد روي أنه ﷺ قال: (مِنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيْراً فَلْيُعْطِهِ أَجْرَهُ)[٢].

فلو قال: اعمل كذا لأرضيك أو أعطيك شيئاً، وما أشبهه فسد العقد، وإذا عمل استحق أجرة المثل، ولو استأجر أجيراً بنفقته، أو كسوته فسد، خلافاً لمالك وأحمد حيث قالا: تجوز ويستحق الوسط. ولأبى حنيفة في المرضعة خاصة. لنا: القياس على عوض البيع والنكاح، وإن استأجر بقدر معلوم من الحِنْطَةِ أو الشعير، ووصفه كما يجب في السلم جاز، أو بأرطال من الخبز يبنى على جواز السلم في الخبز.

ولو أجَّر الدار بعمارتها أو الدابة بعلفها، أو الأرض بخراجها أو مؤنتها لم يجز،

---

(١) فإن كانت معينة كفت مشاهدتها إن كانت منفعة معينة على المذهب أو في الذمة على الأصح، لا فإن قيل يرد على إشتراط العلم بها صحة الحج بالرزق كما جزم به النووي هنا في كتاب الحج مع أن الرزق مجهول. أجيب بأن ذلك ليس بإجارة بل نوع جعالة يغتفر فيها الجهل بالجعل في الحج.

(٢) البيهقي: ٦/ ١٢٠ من حديث الأسود عن أبي هريرة في حديث أوله: «لا يساوم الرجل على سوم أخيه» رواه من طريق عبد الله بن المبارك عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم عنه، قال: وخالفه حماد بن سلمة فرواه عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم عن أبي سعيد الخدري، وهو منقطع، وتابعه معمر عن حماد مرسلاً أيضاً، وقال عبد الرزاق عن الثوري ومعمر عن حماد عن إبراهيم عن أبي هريرة وأبي سعيد أبو أحدهما أن النبي ﷺ قال: «من استأجر أجيراً فليسم له أجرته» وأخرجه إسحاق في مسنده عن عبد الرزاق، وهو عند أحمد وأبي داود في المراسيل من وجه أخر، وهو عند النسائي في المزارعة غير مرفوع. (ينظر تلخيص الحبير ٣/ ٦٠/ ٣/ ٤٧.

وكذلك لو أجّرها بدراهم معلومة على أن يعمرها، ولا يحسب ما أنفق من الدراهم، وكذا لو أجّرها بدراهم معلومة على أن يصرفها في العمارة؛ لأن الأجرة الدراهم والصرف إلى العمارة، والعمل في الصرف مجهول، وإن كانت الدراهم معلومة. ثم إذا صرفها إلى العمارة ثم رجع بها، ولو أطلق العقد، ثم أذن له في الصرف إلى العمارة، وتبرع به المستأجر جاز. فإن اختلفا في ما أنفقه، فقولان في أن القول قول من؟[1]

ولو سلم إليه ثوباً، وقال: إن خطته اليوم، فلك درهم، وإن خطته غداً فلك نصف درهم، فالعقد فاسد، والواجب أجرة مثله في أي يوم خاطه.

وقال مالك وإبو حنيفة: إن خاطه اليوم استحق درهماً، وإن خاطه غداً استحق أجرة المثل، وإن قال: إن خطته رومياً فلك درهم، وإن خطته فارسياً فنصف درهم فهو فاسد، خلافاً لأبي حنيفة. والخياطة الرومية بغرزتين، والفارسية بغرُزة.

وإذا شرط التأجيل في الأجرة فحل الأجل وقد تغير النقد، فالاعتبار بنقد بيوم العقد، وفي الجعالة الاعتبار بيوم اللفظ، أو بيوم تمام العمل، حكى الإمام فيه وجهين؛

أصحهما: الأول.

ووجه الثاني: أن الاستحقاق يثبت بتمام العمل.

هذا إذا كانت الأجرة في الذمة، فإن كانت معينة ملكت في الحال كالمبيع، واعتبرت فيه، الشرائط المعتبرة في البيع، حتى لو جعل الأجرة جلد شاة مذبوحة قبل السّلخ لم يجز؛ لأنه لا يعرف حاله في الرّقة والثّخانة، وسائر الصفات قبل السلخ.

وهل تغني مشاهدتها عن معرفة القدر؟ فيه طريقان:

أحدهما: أنه على القولين في رأس مال السلم؛ لأن الإجارة تعرض للفسخ والانفساخ، لتعذر استيفاء المنافع كالسلم لانقطاع المسلم فيه.

والثاني: القطع بالجواز؛ لأن المنافع ملحقة بالأعيان الموجودة لتعلقها بالعين الحاضرة، وكيف ما كان فالظاهر الجواز، هذا في إجارة العين.

النوع الثاني: الإجارة الواردة على الذمة، فلا يجوز فيها تأجيل الأجرة والاستبدال

---

(١) وصحح الشيخ السبكي أن القول قول المستأجر، وجزم به ابن الصباغ وهو نظير ما صححه في مسألة هرب الجمال إذا أذن له الحاكم في الانفاق. ويعضده ما نقل عن نص للشافعي فيما إذا أجر داراً بعشرين ديناراً على أن ينفق ما تحتاج إليه الدار من هذه الأجرة، فالأجارة فاسدة والقول قوله فيما أنفقه لأنه أمين إذا كان ما أنفقه أقل من عشرين ديناراً لأن أذنه بتناول الإنفاق منها وإذا جعله الشافعي أميناً في الأجارة الفاسدة ففي الصحيحة أولى.

عنها، ولا الحوالة بها ولا عليها ولا الإبراء، بل يجب التسليم في المجلس، كرأس مال السلم، لأنه سلم في المنافع، فإن كانت الأجرة مشاهدة غير معلومة القدر، فهي على القولين في رأس مال السلم، ولا يجيء هاهنا الطريق الآخر، هذا إذا تعاقدا بلفظ السلم بأن قال: أسلمت إليك هذا الدينار في دابة تحملني إلى موضع كذاً فإن تعاقدا بلفظ الإجارة بأن قال: استأجرت منك دابة، صفتها كذا لتحملني إلى موضع كذا فوجهان، بنوهما على أن الاعتبار باللفظ أم بالمعنى؟

أصحهما: عند العراقيين والشيخ أَبِي عَلِيٍّ أن الحكم كما لو تعاقدا بلفظ السلم؛ لأنه في المعنى، وتابعهم صاحب «التهذيب» على اختيار هذا الوجه، لكنه لا يلائم مصيره فيما إذا أسلم بلفظ الشراء، إلى أن الأصح اعتبار اللفظ ولعلك تقول: حكيتم اختلاف الأصحاب في أن أصح الوجهين ماذا في السلم بلفظ الشراء، وكذلك فيما نحن فيه اختار مختارون اعتبار اللفظ وفيما إذا اشترى بلفظ السلم ذكرتم أن أظهر القولين بطلان العقد، والأئمة كالمتفقين عليه فهل من فارق؟

والجواب: أن المسائل التي بنوها على هذا الأصل كثيرة، لكنها متنوعة.

فمنها: أن يستعمل اللفظ فيما لا يوجد فيه تمام معناه، وإن كان بينهما بعض التشابه كالشراء بلفظ السَّلم، فإن تمام معنى السلم لا يوجد في البيع، لأنه أخص منه:

ومنها: أن يكون آخر اللفظ رافعاً لأوله كقوله: لا بلا ثمن.

ومنها: أن يكون الشيء. الأصلي اللفظ مشترك بين خاصين، يشتهر اللفظ في أحدهما، ثم يستعمل في الثاني، كالسلم بلفظ الشراء، فإن المعنى الأصلي للشراء موجود بتمامه في السلم إلاّ، أنه اشتهر في شراء الأعيان، وكذلك السَّلم في المنافع بلفظ الاستئجار المشهور في إجارة العين، فيشبه أن يقال الصيغة مختلفة[1] في النوع الأول والثاني، ومنتظمة صحيحة الدلالة على المقصود في النوع الثالث، فيعتبر المعنى، ولا يخفى عليك بعد الشرح أن مسائل الكتاب في الفصل واقعة في النوع الأول من الإجارة. ويجوز أن تكون الأجرة منفعة عين أخرى اتفق الجنس، كما إذا أجّر داراً بمنفعة دار أخرى، أو اختلفت كما إذا أجّرها بمنفعة عبد، خلافاً لأبي حنيفة فيما إذا اتفق الجنس، بناء على أن الجنس الواحد يحرم النَّسَاءِ، وفي الإجارة نَسَاء.

وعندنا لا رِبًا في المنافع أصلاً، حتى لو أجّرَ داراً بمنفعة دارين يجوز، وكذلك لو أجّر، حُلِيًا ذهباً بذهب، ولا يشترط القبض في المجلس.

(١) في ط مختلة.

قال الغزالي: **وَلَوِ اسْتَأْجَرَ السَّلاَّخَ بِالجِلْدِ وَالطَّحَّانَ بِالنُّخَالَةِ أَوْ بِصَاعٍ مِنَ الدَّقِيقِ فَسَدَ لِنَهْيِهِ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ عَنْ قَفِيزِ الطَّحَّانِ وَلأَنَّهُ بَاعَ مَا هُوَ مُتَّصِلٌ بِمِلْكِهِ فَهُوَ كَبَيْعِ نِصْفِ مِنْ سَهْمٍ، وَلَوْ شَرَطَ لِلْمُرْضِعَةِ جُزْءاً مِنَ المُرْتَضِعِ الرَّقِيقِ بَعْدَ الفِطَامِ، وَلِقَاطِفِ الثِّمَارِ جزءاً مِنَ الثِّمَارِ المَقْطُوفَةِ فَهوَ أَيْضاً فَاسِدٌ، وَإِنْ شَرَطَ جزءاً مِنَ الرَّقِيقِ فِي الحَالِ أَوْ مِنَ الثِّمَارِ فِي الحَالِ فَالقِيَاسُ صِحَّتُهُ (و)، وَظَاهِرُ كَلاَمِ الأَصْحَابِ دَالٌّ عَلَى فَسَادِهِ حَتَّى مَنَعُوا اسْتِئْجَارِ المُرْضِعَةِ عَلَى رَضِيعٍ لَهَا فِيهِ شِرْكٌ لأَنَّ عَمَلَهَا لاَ يَقَعُ عَلَى خَاصِّ مِلْكِ المُسْتَأْجِرِ.**

قال الرافعي: لا يجوز أن تجعل الأجرة ما يحصل بعمل الأجير، كما إذا استأجر السّلاّخ لِسَلْخ الشاة بجلدها، أو الطحان ليطحن الحِنطة[1] بثلث دقيقها، أو بصاع منه أو بالنخالة أو المرضعة بجزءٍ من الرقيق المرتضع بعد الفِطَام، أو قَاطِف الثمار بجزء من الثمار بعد القِطَاف، أو النّسّاج لينسج الثوب بنصفه، والمستحق للأجير في هذه الصور أجرة مثل عمله، وهو موجه أولاً بالخبر، حيث روى أنه - ﷺ - (نَهىَ عَنْ قَفِيزِ الطَّحَّانِ)[2]. وتفسيره: استئجار الطّحان ليطحن الحنطة بِقَفِيزٍ من دقيقها.

ثم وجه ثانياً بثلاثة أوجه:

أحدها: أن المجهول أجره متصل بغيره، فهو كبيع نصف من سهم أو نصل، وهذا قد ذكره في الكتاب، وسمى جعله أجرة بيعاً حيث قال: «باع ما هو متصل بملكه»؛ لأنه في معناه، ولك أن تقول: هذا إن اشتهر في الجلد لا يستمر في الجزء المشاع، والحكم لا يختلف، فإن كنا نقنع بما لا يطرد في هذا القبيل، ففي المسائل بالفساد مأخذ أظهر من هذا، كمسألة السلاح، فإن الجلد قبل السلخ مجهول، ولا يجوز جعله أجرة مطلقاً كما سبق، وكمسألة النخالة، فإنها مجهولة المقدار، وإذا شرط صاعاً من الدقيق، فإن كانت الجملة مجهولة، فهو كبيع صاع من صُبْرَةٍ مجهولة الصِّيْعَان، وقد

(١) وصورة الطحن أن يقول: لتطحن الكل ويطلق، فإن قال لتطحن ما وراء الصاع المجعول أجره صح كما قال الماوردي.

(٢) أخرجه الدارقطني. والبيهقي من حديث أبي سعيد: نهى عن عسب الفحل، وقفيز الطحان، وقد أورده عبد الحق في الإحكام بلفظ: نهى النبي ﷺ، وتعقبه ابن القطان بأنه لم يجده إلا بلفظ البناء لما لم يسم فاعله، وفي الإسناد هشام أبو كليب روايه عن ابن أبي نعيم عن أبي سعيد لا يعرف، قاله ابن القطان، والذهبي، وزاد: وحديثه منكر، وقال مغلطاي: هو ثقة، فينظر فيمن وثقه، ثم وجدته في ثقات ابن حبان، (فائدة) ووقع في سنن البيهقي مصرحاً برفعه لكنه لم يسنده، وقفيز الطحان فسره ابن المبارك أحد رواة الحديث بأن صورته أن يقال للطحان: أطحن بكذا وكذا بزيادة قفيز من نفس الطحن، وقيل: هو طحن الصبرة لا يعلم مكيلها بقفيز منها.
(ينظر تلخيص الحبير ٣/ ٦٠)

مر وفي مسألة الرقيق الرضيع، وقِطَاف الثمار شيء آخر، وهو أن الأجرة معينة، وقد أجلها بأجل مجهول، والأعيان لا تؤجل بالآجال المعلومة، فكيف بالمجهولة؟

والثاني: أن عمله لا يقع للمستأجر في محل ملكه خاصة بل لنفسه وللمستأجر، وفي ملكيهما، والشرط في الإجارة وقوع العمل في خاص ملك المستأجر.

وهذا قد ذكره صاحب الكتاب أيضاً في آخر الفصل، وسيأتي الإشكال عليه.

والثالث: أن الأجرة غير حاصلة في الحال على الهيئة المشروطة، وإنما تحصل بعمل الأجير من بعد، فهي إذاً غير مقدور عليها في الحال. ولو استأجر المرضعة بجزء من الرقيق في الحال، أو قَاطِف الثمار بجزء منها على رؤوس الأشجار، فحكاية الإمام وصاحب الكتاب عن الأصحاب المنع أيضاً، توجيهاً بأن عمل الأجير ينبغي أن يقع في الخاص ملك المستأجر، وإنهم خرجوا على هذا أنه لو كان الرضيع ملكاً لرجل وامرأة، فاستأجرها الرجل، وهي مرضع لترضعه بجزء من الرقيق أو غيره لم يجز؛ لأن عملها لا يقع في خاص ملك المستأجر، واعترضا عليه بأن القياس والحالة هذه الجواز، ولا يضر وقوع العمل في المحل المشترك، ألاَّ تَرىَ أن أحد الشريكين لو ساقى صاحبه، وشرط له زيادة في الثمار يجوز، وإن كان عليه يقع في المشترك؟

وظاهر المذهب هذا الذي مالا إليه دون ما نقلاه. قال في «التهذيب»: لو استأجر أحد الشريكين في الحِنْطة صاحبها ليطحنها، أو في الدابة ليتعهدها بدرهم جاز، ولو قال: استأجرتك بربع هذه الحنطة، أو بصاع منها لتطحن الباقي.

فالجواب: في «التهذيب» والتتمة الصحة، ثم يتقاسمان قبل الطحن، فيأخذ الأجرة، ويطحن الباقي.

قال في «التتمة»: فإن شاء طحن الكل، والدقيق مشترك بينهما.

ومن صور«الوسيط» ما إذا استأجر حَمَّال الجيفة بجلدها، وتعليل الفساد فيها بأن جلد الجيفة أجرة أوضح، لكن الصورة الغريبة منها ما إذا استأجر لحمل شاة مُذَكَّاة إلى موضع كذا بجلدها.

قال الغزالي: **الرُّكْنُ الثَّالِثُ: المَنْفَعَةُ وَشُرُوطُهَا خَمْسَةٌ: أَنْ تَكُونَ مُتَقَوِّمَةً لاَ بِانْضِمَامِ عَيْنٍ إِلَيْهَا، وَأَنْ تَكُونَ مَقْدُوراً عَلَى تَسْلِيمِهَا، حَاصِلَةٍ لِلمُسْتَأْجِرِ، مَعْلُومَةً، أَمَّا التَّقْوِيمِ عَنَيْنَا بِهِ إِنْ اسْتِئْجَارَ تُفَّاحَةٍ لِلشَّمِّ وَطَعَام لِتَزْيِينِ الحَانُوتِ لاَ يَصِحُ، وَكَذَا(ح) اسْتِئْجَارُ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ لِتَزْيِينِ الحَانُوتِ فَإِنَّهُ لاَ قِيمَةَ لَهُ عَلَى الأَصَحِّ (و)، وَكَذَا اسْتِئْجَارُ الأَشْجَارِ لِتَجْفِيفِ الثِّيَابِ وَالوقُوفِ فِي ظِلِّهَا وَكَذَا اسْتِئْجَارِ البَيَّاعِ عَلَى كَلِمَةٍ تُرَوِّجُ لَهَا السِّلعَةَ وَلاَ تَعَبَ فِيهَا، وَفِي اسْتِئْجَارِ الكَلْبِ لِلحرَاسَهِ والصَّيْدِ وَجهانِ.**

قال الرافعي: اعتبر في المنفعة المعقود عليها خمسة شروط:

أحدها: أن تكون متقوّمة[١] ليحسن بذل المال في مقابلتها، فإن لم يكن كذلك كان بذل المال لها سفهاً وتبذيراً، فمنع منه كما منع من شراء ما لا يُنْتَفَعُ به، وفيه صور:

إحداها: ذكر أن استئجار[٢] تفاحة للشّم فاسد وكأن المنع ناشىء من أن التفاحة الواحدة لا تقصد للشم، فيكون استئجارها كشراء الحبة الواحدة من الحِنْطة والشعير، فإن كثر فالوجه الصحة، ولأنهم نصوا على جواز استئجار المسك والرَّيَاحين للشم، ومن التفاح ما هو أطيب من كثير من الرياحين.

الثانية: في استئجار الدراهم والدنانير وجهان، كما في إعارتها.

والأصح: المنع والإعارة أولى بالجواز؛ لأنها مكرمة لا معاوضة، ولذلك جَوَّز بعضهم الإعارة مع منع الإجارة، وذكرنا هناك بحثاً في أن موضع الخلاف إطلاق إعارة الدراهم، أو التعرض لغرض التبرين، بناء على الخلاف في أن صحة الإجارة من غير تعيين لجهة المنفعة، وهاهنا لا تصُح الإجارة عند الإطلاق بمال، لأن تعيين الجهة في الإجارة لا بد منه. وعن أبي حنيفة أنه إن عين جهة الانتفاع بها من تزيين الحوانيت، أو الموزن بها، أو الضرب على طبعها صحت الإجارة، وإلاَّ كانت قرضاً، وأما استئجار الأطعمة لتزيين الحوانيت بها فكلام المصنف هاهنا وفي «الوسيط» يقتضي القطع بمنعه وكذلك ذكره القاضي حُسَيْن.

وعن الإمام وغيره أنه على الوجهين، فيجوز إعلام قوله: «والطعام لتزيين الحوانيت» بالواو، والوجهان جاريان في استئجار الأشجار لتجفيف الثياب، والوقوف في ظلها، وربط الدواب بها، لأن الاستئجار لا يقصد لهذه الأغراض.

وذهب بعضهم إلى أن الأصح الصحة هاهنا على خلاف الأصح في مسألة الدراهم والدنانير، لأنها منافع مهمة ومنفعة التزيين ضعيفة.

وأجرى في «التهذيب» الوجهين في استئجار الببغاء للاستئناس، وبالجواز أجاب أبو سعيد المتولي، وكذلك في كل مستأنس بلونه كالطاوس، أو بصوته كالعندليب.

الثالثة: استئجار البياع على كلمة البيع، أو كلمة تروج بها السلعة، ولا تعب فيها فاسد، لأنه لا قيمة لها، ولم يجعلوا هذا من صور الوجهين، لكن المحكي عن الإمام

---

(١) لم يرد المنصف رحمه الله المتقومة هنا مقابلة المثلية بل ما لها قيمة ليحسن بذل المال في مقابلتها.

(٢) في ط كراء.

محمد بن يحيى أن ذلك في البيع المستقر قيمته في البلد كالخبز و اللحم، وأمّا الثياب والعبيد، وما يختلف قدر الثمن فيه باختلاف المتعاقدين، فيختص بيعها من البياع بمزيد منفعة وفائدة، فيجوز الاستئجار[١]، وعليه فإذا لم يجز الاستئجار، ولم يلحق البياع تعب فلا شيء له، وإن تعب بكثره التردد، أو كثرة الكلام في تأليف أصل المعاملة، فله أجرة المثل، لا ما تواطأ عليه البياعون.

الرابعة: في استئجار الكلب المعلَّم للحراسة والصيد وجهان:

أحدهما: الجواز كاستئجار الفَهْد والبَازِيّ والشبكة للاصطياد، والهِرّة لدفع الفأرة.

وأصحهما: المنع؛ لأن اقتناءه ممنوع إلاَّ لحاجة، وما جوز للحاجة لا يجوز أخذ العوض عليه وأيضاً فإنه لا قيمة لعينه، وكذلك لمنفعته[٢].

قال الغزالي: **أَمَّا المُتَقَوِّمُ دُوْنَ العَيْنِ مَعْنَاهُ أَنَّ ٱسْتِئْجَارَ الكَرْمِ والبُسْتَانِ لِثِمَارِهَا وَالشَّاةِ لِنِتَاجِهَا وَلَبَنِهَا وصَوْفِهَا بَاطِلٌ فإِنَّهُ بَيْعُ عَيْنٍ قَبْلَ الوُجُودِ، وٱسْتِئْجَارُ الشَّاةِ لإرْضَاعِ السَّخْلَةِ بَاطِلٌ وَٱسْتِئْجَارُ المَرْأةِ لِلإِرْضَاعِ مَعَ الحَضَانة جَائِزٌ، وَدُونَ الحَضَانَةِ فَخِلاَفٌ، وَالأَوْلَي الجَوَازُ لِلحَاجَةِ، وٱسْتِئْجَارُ الفَحْلِ للضِّرَابِ فِيهِ خِلاَفٌ، وَالأَوْلَى المَنْعُ لأَنَّهُ لاَ يُوثَقُ بِتَسْلِيمِهِ عَلَى وَجْهٍ يَنْفَعُ، أَمَّا القُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ نَعْنِي بِهِ أَنَّ ٱسْتِئْجَارَ الأَخْرَسِ لِلتَّعْلِيمِ وَالأَعْمىَ لِلحِفْظِ بَاطِلٌ لأَنَّ المقْصُودَ غَيْرُ مُمْكِنٍ، وَلَوِ ٱسْتأْجَرَ قِطْعَةَ أَرْضٍ لاَ مَاءَ لَهَا لِلزِّرَاعةِ فَهُوَ بَاطِلٌ، وإِنِ ٱسْتَأْجَرَ لِلسُّكْنَي فَجَائِزٌ، فَإِنْ أَطْلَقَ وَكَانَ فِي مَحَلٍّ يَتَوَقَّعُ الزِّرَاعَةَ كَانَ كَالتَّصْرِيحِ بِالزِّرَاعَةِ، وإِنْ كَانَ المَاءُ مُتَوَقَّعاً وَلَكِنَ عَلَى التّدُورِ فَفَاسِدٌ بِنَاءً عَلَى الحَالِ، وإِنْ كَانَ يَعْلَمُ وجُودَ المَاءِ فَصَحِيحٌ، وَإِنْ كَانَ يَغْلِبُ وُجُودُ المَاءِ بَالأَمْطَارِ فَالنَّصُّ أَنهُ فَاسدٌ نَظَراً إِلى العَجْزِ فِي الحَالِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ صَحِيحٌ إِذ ٱنقِطَاعُ الشُّرْبِ العِدِّ وَالمَاءِ الجَارِي أيضاً مُمكنٌ، وإِنِ ٱسْتَأْجَرَ أَرْضاً وَالمَاءُ مُسْتَوٍ عَلَيْهَا فِي الحَالِ وَلاَ يَعْلَمُ ٱنحِسَارَهُ فَهُوَ بَاطِلٌ، وإِنْ عِلمَ ٱنْحِسَارَهُ فَهُوَ صَحِيحٌ (و) إِنْ تَقَدَّمَتْ رُؤْيَةُ الأَرْضِ أَوْ كَانَ المَاءُ صَافِياً لاَ يَمْنَعُ رُؤْيَةَ الأَرْضِ.**

قال الرافعي: ترجمة هذا الفصل[٣] هاهنا، وفي الفصل السابق يكون المنفعة

---

(١) جزم ابن الرفعة به وقال في القوت: وما استدركه ابن يحيى ليس الأجرة فيه مجرد الكلمة بل عليها وعلى المساومة والمماكسة قال ابن الرفعة: ومحل الصحة إذا كان البيع من غير معين فإن كان من معين لم يصح أي وإن حصل فيه تعب.

(٢) في أ فلا قيمة لمنفعته.

(٣) في ط هل الشرط.

متقومة بنفسها لا بعين تضم إليها كأنه قدر انقسام المنفعة إلى مقومة بنفسها، ومتقومة بعين تنضم إليها، ولمانع أن يمنع ذلك، ويقول: إن العين المنضمة إلى المنفعة هي المتقومة، والمنفعة لا تستفيد من العين تقوماً. وقال في «الوسيط» معبراً عن هذا الشرط: أنه لا يَتضمن استيفاء عين قصد وهذا أليق بمسائل الفصل، وعلته أن الإجارة عقد يبتغي به المنافع دون الأعيان، هذا هو الأصل إلاّ أنه قد تستحق بها الأعيان تابعة لضرورة أو حاجة حاقّة، فتلحق تلك الأعيان حينئذ بالمنافع. وفيه مسائل: **إحداها**: استئجار الكروم والبستان لثمارها، والشّاة لنتاجها، أو صوفها، أو لبنها باطل، لأن الأعيان لا تملك بعقد الإجارة، وهذا في الحقيقة بيع الأعيان معدومة ومجهولة.

الثانية: الاستئجار لإرضاع الطفل جائز، ويستحق به منفعه وعين المنفعة أن تضع الصبي في حجرها، وتلقمه الثدي، ويعصره عند الحاجة، والعين اللبن الذي يمتصه الصبي، وإنما جوزناه وأثبتنا به استحقاق اللبن، لأنّا لو منعناه لاحتاج إلى شراء اللبن كل دقيقة، وفيه من المشقة ما يعظم، ثم الشراء إنما يمكن بعد الحَلْب، والتربية لا تتم باللبن المحلوب[1]، ثم الأصل الذي يتناوله العقد ماذا. فيه وجهان؛

أحدهما: اللبن، وفعلها تابع، لان اللبن مقصود لعينه، وفعلها مقصود لإيصال اللبن المقصود إلى الصبي.

وأصحهما: أن الأصل المتناول بالعقد فعلها واللبن مستحق تبعاً لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[الطلاق: ٦].

علل الأجرة بفعل[2]الإرضاع لا باللبن وأيضاً فإن الإجارة موضوعة لاستحقاق المنافع، فإن استحق فيها عين لضرورة تدعو إليه فهي تابعة، كالبئر تستأجر لسقي مائها، والدار تستأجر، وفيها بئر يجوز الاستسقاء منها، ثم إن استأجرها للحضانة مع الإرضاع جاز وإن استأجرها للارضاع ونفى الحضانة فوجهان:

أحدهما: لا يجوز؛ لأنه لا يجوز استئجار الشاة لإرضاع السّخلة.

وأصحهما: الذي أورده الأكثرون أنه يجوز، كما يجوز أن تستأجر لمجرد الحضانة. قال الإمام: وهذا الخلاف فيما أذا قصر الإجارة على صرف اللبن إلى الصبي وقطع عنه، وضعه في الحجر ونحوه، فأما الحضانة بالتفسير[3] الذي تذكره من بعد، فلا خلاف في جواز قطعه عن الإرضاع.

---

(١) في ط المحض.
(٢) في أ ببيان.
(٣) في ط بالمعنى.

الثالثة: استئجار الفِحْل للضِّرَاب حكمه ما ذكرنا في الباب الثالث من «كتاب البيع». وقوله «أنه لا يوافق بتسليمه على وجه ينفع» أرادية أنه أمر لا يتعلق باختيار الحيوان، ثم بتقدير أن يَنْزُو، فربما لا ينزل، فإن أنزل فربما لا يحصل منه الولد، وهو المقصود، لكن المعتبر القدرة على تسيلم المنفعة المعقود عليها.

فأما وقوعه نافعاً مَرّ وسبيله إلى الغاية المقصودة، فغير معتبر بالاتفاق.

ومما يناسب مسائل الفصل استئجار القَنَوات، وله ذكر في بعض نسخ الكتاب قبيل المسألة الثالثة بهذه العبارة، واستئجار القناة للزراعة بمائها الأصلح تجويزه للحاجة، ولا وجه في القياس إلاَّ على قول مَنْ لا يرى الماء مملوكاً، فتكون القناة كالشبكة، والماء كالصيد، وغالب الظن أوّلاً أن المسألة ليست من متن الكتاب، فليست هي ثابته في «الوسيط»؛ ثم حكمها تفريعاً على أن الماء ليس بملوك بَيِّن كما ذكره.

وعلى قولنا: إنه مملوك فالمنافع آبار الماء.

وقد جوزنا استئجار بئر الماء للاستقاء والتي بعدها مستأجرة لإجراء الماء فيها.

وقال القاضي الروياني في «الحلية» إذا اكترى قرار القناة ليكون أحق بمائها جاز في قول بعض أصحابنا، وهو الاختيار، والمشهور منعه، ولفظه في تصوير المسألة يشبة أن يكون مبنيّاً، على أن الماء لا يملك [١].

الشرط الثالث: للمنفعة أن تكون مقدوراً على تسليمها[٢].

فلا يجوز استئجار الآبق والمغصوب كبيعهما، ولا استئجار الأخرس للتعليم، والأعمى لحفظ المتاع، وكذا استئجار من لا يحسن القرآن ليعلمه.

قال في «الوسيط»: فإن وسَّع عليه وقتاً يقدر على التعلُّم قبل التعليم ففيه وجهان.

---

(١) ثبت في ب قال: «أما القدرة على التسليم نعني به إستئجار الأخرس للتعليم والأعمى للحفظ باطل» ولو استأجر قطعة أرض لا ما لها للزراعة فهو بأطل، وإن استأجر للسكون جائز، وإن أطلق وكان في محل توقع للزراعه كان كالتصريح بالزراعة، وإن كان الماء متوقعاً ولكن على البذور ففاسد، بناء على أن الحال وإن كان يعلم وجود الماء فصحيح، وإن كان يعلم من وجود الماء بالأمطار فالنص أنه فاسد، نظر إلى العجز في الحال وقيل: إنه صحيح انقطاع المشرب العدو الماء الجاري أيضاً ممكن، وإن استأجر أرضاً والماء مستو عليها في الحال، ولا يعلم الخساره فباطل،وإن علم الخسارة فهو صحيح إن تقدمت رويه الأرض، أو كان الماء صافياً لا يمنع روية الأرض.

(٢) حساً أو شرْعاً ليتمكن المستأجر منها والقدرة على التسليم تشمل ملك الأصل وملك المنفعة فيدخل المستأجر فله إيجار ما استاجره.

الأصح: المنع[1]؛ لأن المنفعة مستحقة في عينه، والعين لا تقبل شرط التأجيل والتأخير، وإن استأجر أرضاً للزراعة وجب أن تكون الزراعة فيها متيسرة.

والأراضي أنواع: منها أرض لها ماء دائم من نهر أو عين أو بئر ونحوها.

ومنها: أرض لا ماء لها ولكن يكفيها المطر المعتاد، والنَّداوة التي تصيبها من الثلوج المعتادة، كبعض أراضي الجبال أوْ لا يكفيها ذلك، ولكنها تسقى بماء الثلج والمطر في الجبل، والغالب فيها الحصول.

ومنها: أرض لا ماء لها، ولا تكفيها الأمطار المعتادة، ولا تسقى بماء غالب الحصول من الجبل، ولكن إن أصابها مطر عظيم أوْ سيل نادر أمكن أن تنزرع.

فالنوع الأول يجوز استئجاره، لثالث لا يجوز، لأنها منفعة غير مقدور عليها، وإمكان الحصول غير كافٍ كإمكان عود الأبق ورد المغصوب. وفي النوع الثاني وجهان:

أحدهما: وبه قال القفَّال: أنه لا يجوز استئجاره؛ لأن السقي معجوز عنه في الحال، والماء المتوقع لا يعرف حصوله، وبتقدير حصوله لا يعرف أنه هل يحصل في الوقت تمكن الزراعة فيه؟

والثاني: أنه يجوز، ويحكي عن القاضي الحُسَيْن، لأن الظاهر حصول المقصود، والتمكن الظاهر كافٍ، ألاَ تَرىَ أن انقطاع ماء النهر والعين ممكن أيضاً، لكن لمّا كان الظاهر فيه الحصول كفى لصحة العقد، وهذا أقوى الوجهين، وبه أجاب القاضي ابْنُ

---

(١) يستثنى من عدم صحة إجارة المغصوب إجارته من غاصبه، فإنه يصح. وقال الشيخ الإمام السبكي: بيع المغصوب من الغاصب جائز، وكذا من غيره إذا قدر على انتزاعه في الأصح وقياسة في الإجارة مثله إذا لم تتأخر المنفعة عن العقد. قال الزركشي: رأيت القاضي حسين صرح به في باب النهي عن بيع الغرر من تعليقه وصاحب التتمة في باب الغصب فقال: إن أجره لمن لا يقدر على انتزاعه فحكمه حكم المشتري إذا أجر البيع قبل القبض. وقضية ذلك عدم الصحة لأن الأصح عدم صحة إجارة المبيع قبل القبض، ويؤخذ من قول المصنف رحمه الله أن تكون المنفعة مقدوراً على تسليمها أنه لا يجوز إجارة العين المنذور إعتاقه، وكذا من شرط عتقه على المشتري ويؤخذ منه إجارة المؤجر، وقد ذكر المصنف رحمه الله فيما بعد، وأما المقطع فأفتى الشيخ بصحة إجارته وقال لأنه يستحق منفعتها. ولا يمنع من ذلك كونها معرضة لأن يستردها السلطان منه بموته أو غيره كما لا يجوز للزوجه أن تؤجر الأرض التي هي صداقها قبل الدخول وإن كانت معرضة لأن يستردها منها بانفساخ النكاح، وخالف الشيخ تاج الدين الفزاري وولده وابن الزملكاني وغيرهم من الشاميين فأفتوا بالبطلان بناءً على أن المقطع لم يملك المنفعة وإنما أبيح له الانتفاع بها كالمستعير، وفصل السبكي رحمه الله بين أن يأذن له الإمام في الإجارة أم يجري عرف عام فيصح حينئذٍ كما يجوز إيجاز الموقوف عليه لها إن كان ناظراً أو يأذن الناظر له وإلا فيمتنع.

كَجٍّ وصاحب «المهذّب» وغيرهما، وإنما أضاف صاحب الكتاب الأول إلى النص؛ لأنه قال في «المختصر»: وأن يُكَاري الأرض البيت التي لا ماء لها، وأنما تسقى بنُطَفِ من السماء أو بسيل إن جاء فلا يصح.

وظاهره يشمل النوع الثاني والثالث لأن كليهما يسقى بماء السماء، لكن من قال بالوجه الثاني حمل النص على النوع الثالث وقد يشعر به قوله: «أو بسيل إن جاء».

والنُّطف: القطر يقال: نطف ينطف نطفاً وكل قاطر ناطف. **ومنها**: أرض على شَطِّ النيل أو الفرات أو غيرهما يعلو الماء عليها، ثم ينحسر، ويكفي ذلك لزراعتها السَّنة، فإذا استأجرها للزراعة بعد ما علاها الماء وانحسر صح، وإن كان قبل أن يعلو الماء عليها، فإن لم يوثق به كالنيل لا ينضبط أمره، لا يصح إن كان الغالب حصوله، فليكن على الخلاف في استئجار النوع الثاني من الأراضي، وإن كان موثوقاً به كالمد «بالصبرة» صح كماء النهر، وإن كان يتردد في وصول المد إلى تلك الأراضي، فهي كأرض من الأراضي ليست لها ماء معلوم، وإن كان قد علاها الماء ولم ينحسر، فإن كان لا يُرْجى انحساره لم يجز استئجارها، وكذا لو كان يتردد فيه؛ لأن العجز يقين وزواله مشكوك فيه، وإن كان يرجى انحساره وقت الزراعة بالعادة، فالنص صحته.

قال الأصحاب: فيه وجهان من الإشكال:

أحدهما: أن شرط الإجارة التمكن من الانتفاع عقب العقد، والماء مانع منه.

والثاني: أنه يمنع رؤية الأرض، فيكون إجارة الغائب.

وأجيب عن الأول بوجهين:

أحدهما: أن موضع النص إذا كان الاستئجار لزراعة ما تمكن زراعته في الماء كالأرز، فإن كان غير ذلك لم يصح الاستئجار، حكاه الشيخ أبو حامد عن بعضهم.

واصحهما: أنه لا فرق بين مزروع ومزروع ولكن الماء فيها من مصالح العمارة والزراعة، فكان إبقاؤه فيها ضرباً من العمارة، وأيضاً فإن صرف الماء يفتح موضع ينصب إليه، أو حفر بئر ممكن في الحال، وحينئذ يكون متمكناً من الاستعمال بالعمارة بهذه الوسائط، فاشبه ما إذا استأجر داراً مشحونة بأمتعة يمكن الاستعمال بنقلها في الحال، فإنه يجوز إلاَّ أن الشيخ أَبا مُحَمَّدٍ حكى وجهاً في منع إجارة الدار المشحونة بالأمتعة بخلاف بيعها، والأظهر الأول

وأما الثاني فمنهم من قال: التصوير فيما إذا كان قد رأى الأرض قبل حصول الماء فيها، أو كان الماء صافياً لا يمنع رؤية وجه الأرض، وإن لم يكن كذلك، فعلى قولي شراء الغائب، ومنهم من قطع بالصحة.

أما عند حصول الرؤية فظاهر. وأما إذا لم تحصل فلأنه من مصلحة المزارعة، من حيث أنه يقوي الأرض، ويقطع العروق المنتشرة فيها، فأشبه استتار الجوز واللوز بقشره. والظاهرة: الصحة سواء أجرينا القولين أم لا وإن كانت الأرض على شط نهر، الظاهر منها أنها تفرق، وتنهار في الماء لم يجز استئجارها، وإن احتمل ولم يظهر جاز؛ لأن الأصل والغالب دوام السلامة، ويجوز أن تخرج حالة الظهور على مقابل الأصل.

والظاهر إذا عرف حكم الأنواع، فكل أرض لها ماء معلوم واستأجرها للزراعة مع شربها منه فذاك، وإن استأجرها للزراعة دون شربها جاز إن تيسر سقيها من ماء آخر، وإن أطلق دخل فيه الشرب، بخلاف ما إذا باعها لا يدخل الشرب فيه؛ لأن المنفعة هاهنا لا تحصل دونه، وهذا إذا اطردت العادة للإجارة مع الشرب، فإن اضطربت فسيأتي الحكم في الباب الثاني، فكل أرض منعنا استئجارها للزراعة، فإن اكتراها لينزل فيها، أو يسكنها، أو يجمع الحطب فيها، أو يربط الدواب جاز، وإن اكتراها مطلقاً نظر إن قال: اكتريت هذه الأرض البيضاء، ولا ماء لها جاز؛ لأنه يعرف بنفي الماء أن الاستئجار بغير منفعة الزراعة، ثم لو حمل ماء من موضع وزرعها أو زرع على توقع حصول ماء لم يمنع، وليس له البناء والغراس فيها، نص عليه ووجهوه بأن تقدير المدة يقتضي ظاهره التفريغ عند انقضائها والغراس والبناء للتأبيد، بخلاف ما لو استأجر للبناء والغراس، فإن التصريح بها حرف اللفظ عن ظاهره، وإن لم يقل عند الإجارة: ولا ماء لها، فإن كانت الأرض بحيث يطمع في سوق الماء إليها لم يصح العقد؛ لأن الغالب في مثلها الاستئجار للزراعة، فكان ذكرها وإن كانت على قلّة جبل لا يطمع في سوق الماء إليها.

فوجهان: عن رواية أَبِي إِسْحَاقَ:

وأظهرهما: الصحة وتكفي هذه القرينة صارفة، فإذا اعتبرنا نفي الماء ففي قيام علم المتعاقدين مقام التصريح بالنفي وجهان:

أشبههما: المنع؛ لأن العادة في مثلها الاستئجار للزراعة، فلا بد من الصرف باللفظ، ألا ترى أنه لما كانت العادة في الثمار الإبقاء، وأردنا خلافه اعتبرنا التصريح شرط القطع؟ واعلم أن في المسألة تصريحاً بجواز الاستئجار مطلقاً من غير بيان جنس المنفعة، وسيأتي الكلام فيه.

وأما لفظ الكتابة فقوله: «فإن أطلق وكان في محلّ يتوقع الزراعة كان كالتصريح بالزراعة» جواب على أحد الوجهين.

فأما على رأي من لا يفرق، ويقول: سواء كانت الزراعة متوقعة أو لم تكن، فالإطلاق كالتصريح بالزراعة، فيجوز أن يعلّم بالواو.

وقوله: «وكان في محل تتوقع الزراعة» وأبعد الماء الدائم الذي لا انقطاع له.

وقوله: «فإن علم انحساره فهو صحيح» يمكن إعلامه ـ بالواو ـ للوجه الذي رواه الشيخ أبُو حامد في فرق بين الأرز وغيره.

وقوله: «إن تقدمت رؤية الأرض، أو كان الماء صافياً لا يمنع رؤية الأرض» وإلا فهو على الخلاف في شراء الغائب.

قال الغزالي: **وَإِجَارَةُ الدَّارِ لِلسَّنَةِ القَابِلَةِ فَاسِدَةٌ(ح) إِذْ لاَ تَسَلُّطَ عَلَيْهِ عَقِيبَ العَقْدِ مَعَ اْعْتِمَادِ العَقْدِ العَيْنَ.**

قال الرافعي: عرفت انقسام الإجارة إلى: واردة على العين وواردة على الذمة.

أما إجارة العين فلا يجوز إيرادها على المستقبل كإيجار الدار للسنة القابلة والشهر الآتي. وكذا إذا قال أجرتك سنة مبتدأة من الغد أو من الشهر الآتي، أو أجرتك هذه الدابة للركوب إلى موضع كذا على أن تخرج غداً.

وقال أبو حنيفة وأحمد: يجوز ذلك لنا القياس على البيع فإنه لو باع على أن يسلم بعد شهر فإنه باطل.

ولو قال أجرتك سنة فإذا انقضت السنة فقد أجرتك سنة أخرى، فالعقد الثاني باطل على الصحيح، كما لو قال إذا جاء رأس الشهر فقد أجرتك مدة كذا.

فأما الإجارة الواردة على الذمة فيحتمل فيها التأجيل والتأخير كما إذا قال ألزمت ذمتك حملي إلى موضع كذا على دابة صفتها كذا، غداً أو غرة شهر كذا، كما لو أسلم في شيء مؤجلاً وإن أطلق كان حالاً، وإن أجّر داره سنةً من زيدٍ، ثم أجرها من غيره السنة الثانية قبل انقضاء الأولى لم يجز، فإن أجرها من زيد نفسه، فوجهان ويقال قولان:

أحدهما: المنع لأنه إجارة سنة قابلة، كما لو أجر من غيره أو منه مدة لا تتصل بآخر المدة الأولى.

والثاني: وهو المنسوب إلى نصه أنه يجوز اتصال المدتين، كما لو أجر منه السنتين في عقد واحد، وهو أصح عند صاحب «التهذيب» وغيره.

ورجح في «الوسيط» الوجه الأول محتجاً بأن العقد الأول قد ينفسخ فلا يتحقق شرط العقد الثاني، وهو الاتصال بالأول ولمن نصر الوجه الثاني أن يقول: الشرط رعاية الاتصال ظاهرا، وذلك لا يقدح فيه الانفساخ العارض، ولو أجرها من زيد لسنة وأجرها زيد من عمرو ثم أجرها المالك من عمرو السنة الثانية قبل انقضاء المدة الأولى ففيه

الخلاف، ولا يجوز أن يؤجرها من عمرو وهكذا في التهذيب وفي «فتاوى القفال» أنه يجوز أن يؤجرها من زيد، ولا يؤجرها من عمرو، لأن زيداً هو الذي عاقده، فيضم إلى ما استحق بالعقد الأول السنة الثانية.

قال الغزالي: **وَلَوْ سَنَةً ثُمَّ أَجَّرَ مِنْ نَفْسِ المُسْتَأْجِرِ السَّنَةَ الثَّانِيَةَ فَوَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: أَسْتَأْجَرْتُ هَذِهِ الدَّابَّةَ لأَرْكَبَهَا نِصْفَ الطَّرِيقِ وَ أَتْرُكَ النِّصْفَ إِلَيْكَ، قَالَ المُزَنِيُّ: هُوَ إِجَارَةٌ لِلزَّمَانِ القَابِلِ إِذْ لاَ يَتَعَيَّنُ لَهُ النِّصْفُ الأَوَّلُ، وقَالَ غَيْرُهُ يَصِحُّ، وَإِنَّمَا التَّقَطُّعُ بِحُكْمِ المُهَايَأَةِ فَهُوَ كَاسْتِئجَار نِصْفِ الدَّابَّةِ ونِصْفِ الدَّارِ وَهُوَ صَحِيحٌ(ح).**

قال الرافعي: ولو أجر داره سنةً وباعها في المدة، وجوّزناه لم يكن للمشتري أن يؤجر السنة الثانية من المكتري؛ لأنه لم تكن بينهما معاقدة، وتردد في أن الوارث هل يتمكن منه إذا مات المكري في المدة؛ لأن الوارث نائبه.

ولا يجوز أن يؤجر الدار والحانوت شهراً على أن ينتفع به الأيام دون الليالي؛ لأن زمان الانتفاع لا يتصل بعضه ببعض، فيكون إجارةً للزمان المستقبل، وفي مثله في العبدِ والبهيمة يجوز؛ لأنهما لايطيقان العمل الدائم، ويرفهان الليل على العادة وإن أطلق الإجارة.

ولو أجر دابته لموضع ليركبها المكري زماناً، ثم المكتري زماناً لم يجز لتأخر حق المكتري، وتعلق الإجارة بالزمان المستقبل، وإن أجرها منه ليركب المكتري بعض الطرق، وينزل ويمشي في البعض أو أجر من اثنين ليركب هذا زماناً، وهذا مثله ففيه أوجه

أحدها: أن الإجارة فاسدة في الصورة الأولى، صحيحة في الثانية؛ لأنه إذا اكترى من اثنين اتصل زمان الإجارة بعضه ببعض، فإذا اكترى من واحد تفرق، فتكون إجارة الزمان المستقبل.

وثانيهما: المنع في الصورتين؛ لأنه إجارة إلى آجال متفرقة، وأزمنة متقطعة.

وثالثها: وبه مقال المزني في «الجامع الكبير» تخريجاً، ووافقه صاحب «التلخيص» أنه تجوز الإجارة في الصورتين مضمونة في الذمة، ولا تجوز على دابة معينة. والفرقُ وأنها إذا كانت في الذمة، فإن أجر من واحد فقد ملكه نصف المنافع على الإشاعة، فيقاسم المالك، وإن أجرها من اثنين ملكهما الكل نسقاً فيتقاسمان.

وأما إجارةُ العين فإنها تتعلق بأزمنة متقطعة، فتكون إجارة الزمان المستقبل.

وأصحهما: وهو نصه في «الأم» جواز الإجارة في الصورتين، سواء وردت على

العين أو الذمة، ويثبت الاستحقاق في الحال بتقسيم المكتري والمكري أو المكتريان، والتأخير الواقع من ضرورة القسمة والتسليم لا يضر، وهذه المسألة تشهر بـ «كراء العُقب» وهو جمع عُقْبة، والعقبة: النَّوْبة وهما يتعاقبان على الراحلة، إذا ركب هذا تارةً، وهذا تارةً

وإذا قلنا بالجواز فلو كان بالطريق عادة مضبوطة، إما بالزمان بأن يركب يوماً وينزل يوماً، أو بالمسافة بأن يركب فرسخاً ويمشي فرسخاً حمل العقد عليها، وليس لأحدهما أن يطلب الركوب ثلاثاً والنزول ثلاثاً لما في دوام المشي من التعب[1].

وإن لم تكن عادة مضبوطة فلا بد من البيان في الابتداء، وإن اختلفا في من يبدأ بالركوب، فالحكم القرعة ولو أكرى الدابة من اثنين، ولم يتعرض للتعاقب.

قال في «التتمة» إن احتملت الدابة ركوب شخصين اجتمعا على الركوب، وإلاَّ فالرجوع[2] يخرج على المهايأة كما سبق.

ولو قال: أجرتك نصف الدابة إلى موضع كذا، أو أجرتك الدابة لتركبها نصف الطريق صَحَّ، ويقتسمان إما بالزمان أو بالمسافة وهذه إجارة المشاع تصح كما يصح بيعه وبه قال مالك. وقال أبو حنيفة وأحمد: لا تصح إجارة المشاع إلاَّ من الشريك.

وفي إجارة نصف الدابة وجه أنها غير جائزة للتقطع بخلاف إجارة نصف الطريق وبخلاف ما إذا أجر منهما ليركبان في محمل.

ونعود إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب خاصة.

أما تضمينه مسائل الفصل شرط القدرة على التسليم، فكان سببه أن منافع الزمان المستقبل غير مقدور عليها. أما إذا نَجَّز كان التسليم في الزمان الحاضر مقدوراً عليه فينسحب حكمه على جميع المدة المتواصلة للحاجة. وقوله «فاسد» معلم بالحاء والألف. وأراد بقوله: «إذ لا تسلط عليه عقب العقد مع اعتماد العقد العين» أن هذه الإجارة متعلقة بالعين غير واردة على الذمه، وذلك يقتضي التسليط في الحال. وقوله: «فوجهان» يجوز إعلامه بالواو ولأن أبا الفرج السرخسي حكى طريقة قاطعة بالمنع كما لو أجر من غير المستأجر، ولفظ الكتاب في مسألة كراء العُقب لا يتناول إلاَّ الإجارة الواردة على العين، وإلاَّ إذا اتحد المكتري لا يجيء حينئذٍ إلا وجهان كما ذكرنا. وقوله

(١) قال السبكي: والحق أنه يجوز أن يشارطا عليه إلا أن يكون فيه ضرر على البهيمة، وقال الخطيب: والكلام محمول على أنه بعد استقرار الأمر على يوم ونحوه: ليس له طلب ثلاث، قال الولي العراقي محمول على ما إذا كانت العادة يوماً.

(٢) في ط الركوب.

«وهو صحيح» يجوز أن يعلم بالحاء والالف المذهبهما في إجارة المشاع.

فرع:

لا تجوز إجارة ما لا منفعة له في الحال، ويصير منتفعاً به كالجحش لأن الإجارة موضوعة على تعجيل المنافع، بخلاف المساقاة على ما لا يثمر في تلك السنة، ويثمر بعدها، لأن تأخر الثمار محتمل في كل مساقاة.

قال الغزالي: **وَالعَجْزُ شَرْعاً كَالعَجْزِ حِسّاً، فَلَو اسْتَأْجَرَ عَلَىٰ قَلْعِ سِنٍّ صَحِيحَةٍ وَقَطْعِ يَدٍ صَحِيحَةٍ أَوْ اسْتأْجَرَ حَائِضاً عَلَى كَنْسِ مَسْجِدٍ فَهُوَ فَاسِدٌ لأَنَّ تَسْلِيمَهُ شَرْعاً مُتَعَذَّرٌ وَلَوْ كَانَتِ اليَدُ مُتَآكِلَةً أَوْ السِّنُّ وَجِعَةً صَحَّتْ، فَإِنْ سَكَنَتْ قَبْلَ القَلْعِ انْفَسَخَتِ الإِجَارَةُ.**

قال الرافعي: المعجوز عنه شرعاً كالمعجوز عنه حِساً[1]، كما قدمنا في البيع، فلا يجوز الاستئجار لقلع سن صحيحة[2]، وقطع يد صحيحة، ولا استئجار الحائض[3] لكنس المسجد وخدمته؛ لأنها منافع متعذرة التسليم شرعاً.

وقال في «الوسيط» في إجارة الحائض لكنس المسجد احتمال، فيجوز أن تصح[4]، وإن كانت تعصى به، كما تصح الصلاة في الأرض المغصوبة، وإن كان يشغل ملك الغير والمنقول الأول، وكذا لا يجوز الاستئجار لتعليم التوراة، والإنجيل، وختان الصغير الذي لا يحتمل ألمه ولتعلم السحر والفحش.

ولو استأجر لقطع يد متآكلة أو قلع سن وجعة، فالكلام أولاً في جوازهما.

---

(١) ويستثني من هذا مسائل: منها: ما لو رأى المتيمم ماء في صلاته التي تسقط القضاء، ثم تلف، امتنع عليه التنفل بعد السلام بذلك التيمم مع أنه رآه وهو ممنوع من استعماله شرعاً لأجل الصلاة ولم يجعلوه كما لو رآه وثم مانع منه حسي كسبع وعدو. ومنها: ما ذكروه في الإيلاء أن المانع إذا قام بالمرأة إن كان حسياً منع من ضرب المدة أو شرعياً فلا في بعض الصور؛ ومنها: الإقالة فإنها تجوز بعد تلف المبيع ولا تجوز بعد بيع المبيع أو إجارته. ومنها: ما لو فقد إحدى رجليه ولبس الخف على الأخرى، فإنه يجوز إن يمسحه ولو كانت عليلة بحيث لا تغسل لم يمسح خف الأخرى على الصحيح.

(٢) لحرمة قلعها، وفي معناها كل عضو سليم من آدمي أو غيره سليم من غير مضامن وهذا مفهوم قول المصنف رحمة الله أو قطع يد صحيحة.

(٣) وفي معناها النفساء والمستحاضة.

(٤) وإن أمنت التلويث وجوزنا العبور لاقتضاء الخدمة المكث أو التردد وهي ممنوعة منه، أما الكافرة إذا أمنت التلويث، فالأشبه الصحة كما قاله الأذرعي بناءً على الأصح من تمكين الكافر الجنب من المكث بالمسجد لأنها لا تعتقد حرمته.

أما القلع فإنه يجوز إذا صعب الألم. وقال أهل البصر: إنه يريح الألم.

وأمّا القطع فلا بد وأن يذكر أهل الصنعة أنه نافع، وأن مع ذلك ففي جوازه خلاف عن حكاية الشيخ أبي محمد المنع، أن القطع إنما يمنع إذا وضعت الحديدة على محل صحيح، وأنه مهلك، كما إن الأكلة مهلكة، وهذا الخلاف وما في جواز القطع من التفصيل مذكور في الكتاب في (باب ضمان الولاة) فحيث لا يجوزالقطع والقلع، فالاستئجار لهما باطل، وحيث يجوز ففي صحة الإجارة وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأن الإجارة إنما تجوز في عمل موثوق به، وجواز زوال العلّة محتمل فيمتنع الوفاء بقضية الإجارة، وسبيل مثل هذا الغرض أن يحصل بالجعالة بأن يقول: اقلع سني هذه، ولك كذا.

وأصحهما: الصحة، إذ لا يشترط لصحة الإجارة القطع بسلامتها عما يقطعها.

ورأى الإمام تخصيص الوجهين بالقلع لا أن احتمال فتور الوجع في الزمان الذي يفرض فيه القلع[1] غير بعيد. وأما زوال الآكلة من زمان بأرباب القطع فإنه غير محتمل، وأجرى الخلاف في الاستئجار للفَصْد، والحجَامة، وبزع الدابة؛ لأن هذه الإيلامات إنما تباح بالحاجة، وقد تزول الحاجة. وإذا استأجر امرأة لكنس مسجد فحاضت، انفسخ العقد، إن وردت الإجارة على عينها وعينت المدة، وإن وردت على الذمة لم تنفسخ، لإمكان أن تفوضه إلى الغير، وأن تكنس بعد أن تطهر.

وإذا جوزنا الاستئجار لقلع السن الوجعة فاستأجر له ثم سكن الوجع، انفسخت الإجارة لتعذر القلع، وهذا قد ذكره مرة أخرى في الباب الثالث، و سنذكر هناك ما يقتضي إعلام قوله: «انفسخت الإجارة» بالواو وإن لم يبرأ، لكن امتنع المستأجر من قلعه. قال في «الشامل»: لا يجب عليه إلاّ أنه إذا سلم الأجير نفسه، ومضى مدة إمكان العمل، وجب على المستأجر الأجرة، ثم ذكر القاضي أبو الطّيب أنها لا تستقر حتى لو انقلعت تلك السن، انفسخت الإجارة، ووجب رد الأجرة، كما لو مكنت الزوجة في النكاح ولم يطأها الزوج ويفارق ما إذا حبس الدابة مدة إمكان السير حيث تستقر عليه الأجرة لتلف المنافع[2].

---

(١) في ط القطع.

(٢) قال النووي: هذا الذي نقله عن صاحب «الشامل» إلى آخر كلام القاضي أبي الطيب، هكذا هو في «الشامل» و«البيان». فإن قيل: قد قال الشيخ نصر المقدسي في «تهذيبه»: إذا امتنع المستأجر من قلعه، لم يكن له فسخ العقد، لكن يدفع الأجرة، وله الخيار بين مطالبته بقلعه، وبين تركه، كما لو استأجر ليخيط له ثوباً. قلنا: هذا الذي قاله، لا يخالف قول صاحب «الشامل».

(ينظر الروضة ٤/ ٢٦٠/ ٢٦١)

قال الغزالي: **وَلَوِ اسْتَأْجَرَ مَنْكُوحَةَ الغَيْرِ دُونَ الزَّوْجِ فَفَاسِدٌ (و)، وَلَوِ اسْتَأْجَرَهَا الزَّوْجُ لِنَفْسِهِ فَهُوَ صَحِيحٌ، وإِنِ اسْتَأْجَرَهَا (و) لإِرْضَاعِ وَلَدِهِ مِنْهَا صَحَّ.**

قال الرافعي: استئجار منكوحة الغير، إما أن يفرض من غير الزوج أو منه.

أما غيره، فله أن يستأجرها للرضاع. وغيره بإذن الزوج[1] وبغير إذنه وجهان:

أحدهما: يجوز أيضاً؛ لأن محله غير محل النكاح، إذ لا حَقَّ في لبنها وخدمتها.

وأصحهما: المنع[2]، وهو المذكور في الكتاب؛ لأن أوقاتها مستغرقة بحق الزوج، فلا تقدر على توفية ما التزمته، فإن لم نصححة فذاك، وإن صححناه، فللزوج فسخه كيلا يحيل حقه. ولو أجرت نفسها، ولا زوج لها، ثم نكحت في المدة، فالإجازة بحالها، وليس للزوج منعها بما التزمته، كما لو أجرت نفسها بإذنه، لكن يستمتع بها في أوقات فراغها، فإن كانت الإجارة للرضاع، فهل لولي الطفل الذي استأجرها لإرضاعه منع الزوج من وطئها؟

فيه وجهان:

أحدهما: ويحكي عن أبى حنيفة ومالك نعم؛ لأنه ربما تحمل، فينقطع اللبن فيقل، فيضر بالطفل.

والثاني: وبه أجاب أصحابنا العراقيون لا؛ لأن الحمل متوهم، ولا يمتنع به الوطء المستحق.

وذكر في التهذيب أنه إن كانت الإصابة تضر باللبن منع الزوج من إصابتها، وهذا إن أراد به الضرر الناشىء من الحبل الناشىء من الإصابة فهو جواب على الوجه الأول، ويجوز أن يحمل على إضرارها باللبن من غير توسُّط الحمل، وإذا منع الزوج فلا نفقة عليه في تلك المدة[3]. ولو أجر السيد الأمة المزوجة جاز، ولم يكن للزوج منعها من المستأجر؛ لأن يده يد السيد في الانتفاع، وأما الزوج فلا يمنع من استأجرها إلاَّ أنه إذا استأجرها لإرضاع ولده منها ففيه وجهان:

---

(١) محل ذلك إذا كانت تملك منافع نفسها بخلاف العتيقة الموصى بمنافعها أبداً ونحوه قاله الأذرعي وتبعه في الخادم وزاد فقال: وهل للرجعية أن تؤجر نفسها فيه كلام سيأتي في النفقات.

(٢) هذا في إجارة العين، أما في الذمة فلها ذلك بغير إذنه لأنه لا يتعين عليها الأيفاء بنفسها بل لها أن توفيه بغيرها.

(٣) الأصح قول العراقيين فإن قيل قياس منع الراهن من وطء الأمة المرهونة بغير إذن المرتهن منع الزوج من وطء الزوجة بغير إذن المستأجر كما قال ابن الروياني ونقله الإمام عن الأصحاب. لا أجيب بأن الراهن يملك منافع الأمة وقد حجر على نفسه بالرهن ولا كذلك الزوج.

أحدهما: وهو الذي ذكره العراقيون المنع، ووجهوه بأنها أخذت منه عوضاً للاستمتاع، وعوضاً للحبس، فلا تستحق شيئاً آخر، وهذا على ضعفه منقوض باستئجارها لسائر الأعمال.

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب الجواز، كما لو استأجرها بعد البينونة، وكما لو استأجرها للطبخ والكنس ونحوهما.

وعن أَبي حنيفة: أنه لا يجوز استئجارها للطبخ، وما أَشبهه؛ لأَنه مستحق عليها في العادة، وعلى هذا الخلاف استئجار الوالد ولده للخدمة، وفي عكسه وجهان، إذا كانت الإِجارة على عينه، كالوجهين فيما إذا أَجر المسلم نفسه من كافر.

قال الغزالي: **أَمَّا الحُصُولُ لِلمُسْتَأْجِرِ نَعْنِي بِهِ أَنَّ اَسْتِئْجَارَهُ عَلَى الجِهَادِ(و) وَالعِبَادَاتِ التِي لاَ تَجْرِي النِّيَابَةُ فِيهَا فَاسِدٌ إِذْ يَقَعُ لِلأَجِيرِ، وأَمَّا الحَجُّ وَحَمْلُ الجَنَازَةَ وحَفرُ القَبْرِ وَغَسلُ المَيِّتِ فَيَجرِي فِيهاالنِّيَابَةُ وَالإِجَارَةُ، ولِلإِمَامِ (و) اَسْتِئْجَارُ أَهْلِ الذِّمَّةِ لِلْجِهَادِ إِذْ لاَ يَقَعُ لَهُمْ، وَالاَسْتِئْجَارُ عَلَى الأَذَانِ جَائِزٌ للإِمَامِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ مَمْنُوعٌ كَالجِهَادِ، وقِيلَ: إِنَّهُ يَجُوزُ لآحَادِ النَّاسِ لِيَحْصُلَ لِلمُسْتَأْجِرِ فَائِدَةُ مَعْرِفَةِ الوقْتِ، وَلاَ يَجُوزُ اَلاَسْتِئْجَارُ عَلَى إِمَامَةِ الصَّلَوَاتِ الفَرَائِضِ، وَفِي إِمَامَةِ التَّرَاوِيحِ خِلاَفٌ، وَالأَصَحُّ مَنِعُهُ، وَبِالجُمْلَةِ فَكُلُّ مَنْفَعَةٍ مُتَقَوَّمَةٍ مَعْلُومَةٍ مُبَاحَةٍ يَلْحَقُ العَامِلَ فيهَا كُلْفَةٌ وَيَتَطَوَّعُ بِهَا الغَيْرُ عَنِ الغَيرِ يَصِحُّ إِيرَادُ العَقْدِ عَلَيْهَا.**

قال الرافعي: الشرط الرابع حصول المنفعة للمستأجر، وإلاَّ اجتمع العوضان في ملك واحد، فإنه إذا قال: استأجرت دابتك لتركبها بعشرة، كانت المنفعة، والعشرة حاصلة له. وفي أكثر العناية في هذا الشرط نذكر حكم العبادات في الاستئجار، وضبطها إمام الحرمين، فقال: هي على نوعين:

أحدهما: الذي يتوقف الاعتداد بها على النية، فما لا تدخله النيابة منها لا يجوز الاستئجار عليه، لأن الاستئجار نيابة خاصة وما تدخله النيابة منها يجوز الاستئجار عليه كالحج وتفرقة الزكاة. وقال الإمام: ومن هذا القبيل غسل الميت إذا اعتبرنا فيه النية، كجريان النيابة فيه.

والنوع الثاني: لا يتوقف الاعتداد بها على النية، وهي تنقسم إلى فرض كفاية، وإلى شعار غير مفروض.

القسم الأَول: فرض الكفايات، وهو على ضربين.

أَحدهما: ما يختص إفراضه في الأَصل بشخص وموضع معين، ثم يؤمر به غيره

إن عجز، كتجهيز الميت بالتكفين، والغسل وحفر القبر، وحمل الجنازة، والدفن فإن هذه المؤنات تختص بتركة الميت، فإن لم تكن فحينئذٍ يجب على الناس القيام بها، فمثل هذا يجوز الاستئجار عليه؛ لأن الأجير غير مقصود بفعله حتى يقع عنه.

وعد من هذا القبيل تعليم القرآن، فإن كل أحد لا يختص بوجوب التعليم، وإن كان نشر القرآن وإشاعته من فروض الكفايات، وهذا إذا لم يتعين واحد لمباشرة هذه الأعمال، فإن تعين واحد لتجهيز الميت، ولتعليم الفاتحة فوجهان:

أحدهما: المنع، كفروض الأعيان ابتداء.

وأصحهما: الجواز، كما أن المضطر يجب إطعامه، ويجوز تغريمه.

والضرب الثاني: ما يثبت افتراضه في الأصل شائعاً غير مختص بشخص وموضع كالجهاد، فلا يجوز استئجار المسلم عليه؛ لأنه مكلف بالجهاد، والذَّبِّ عن المِلَّة، فيقع عنه، ويجوز استئجار الذمي عليه، وسيأتي ذلك في «كتاب السير» إن شاء الله تعالى.

والقسم الثاني: شعائر غير مفروضة، كالأذان تفريعاً على الأصح، وفي جواز الاستئجار عليه ثلاثة أوجه ذكرناها، وترتيبها في «باب الأذان» فإن جوزنا فعن الشيخ أبي محمد وغيره ثلاثة أوجه في أن المؤذن علام يأخذ الأجرة؟

أحدها: أنه يأخذ على رعاية المواقيت.

والثاني: على رفع الصوت.

والثالث: على الجبعلتين؛ لأنهما ليسا من الأركان.

والأصح: وجه رابع: أنه يأخذه على جميع الأذان بجميع صفاته، ولا يبعد استحقاق الأجرة على ذكر الله تعالى ـ كما لا يبعد استحقاقها على تعليم القرآن، وإن اشتمل على القرآن، ويتخرج على هذه التقاسيم صور.

منها: الاستئجار، لإمامة الصلاة المفروضة ممنوع منه، والإمامة في التراويح وسائر النوافل وجهان.

الاصح: المنع؛ لأن الإمام حصل لنفسه، ومهما صلى اقتدى به من يريد، وإن لم ينو الإمامة، وإن توقف على نيته شيء، فهو إحراز فضيلة الجماعة، وهذه فائدة تحصل له دون المستأجر، ومن جوزه ألحقه بالاستئجار للأذان لتأدي الشعائر.

ومنها: الاستئجار للقضاء ممتنع؛ لأن المتصدِّي له قد تعلّق بعمله أمر الناس عامة، وأيضاً فأعمال القاضي غير مضبوطة.

ومنها: أطلقوا القول بمنع الاستئجار للتدريس.

وعن الشيخ أبي بكر الطوسي[1] ترديد جواب في الاستئجار لإعادة الدروس.

قال الإمام: لو عين شخصاً أو جماعة ليعلِّمهم مسألة، أو مسائل مضبوطة، فهو جائز والذي أطلقوه، فهو محمول على استئجار من يتصدى للتدريس من غير تعيين من يعلمه وما يعلمه؛ لأنه كالجهاد في أنه إقامة مفروض على الكفاية ثابت على الشيوع. وكذلك يمتنع استئجارُ مقرىء يُقرىء على هذه الصورة.

قال: ويحتمل أن يجوز الاستئجار له، ويشبه الأذان، وللمنع وراء ما ذكره مأخذ آخر وهو أن عمله غير مضبوط كما ذكرناه في القاضي.

وقوله في الكتاب: «وللإمام أن يستأجر أهل الذمة للجهاد «يجوز أن يعلم - بالواو - لوجه ذكره في السير سينتهي إليه الشرح إن وفق الله تعالى.

وقوله: «ليحصل للمستأجر فائدة معرفة الوقت». هذا التوجيه مبني على جواز الأخذ بقول المؤذن والاعتماد عليه، ثم قضية الاكتفاء بحصول فائدة المستأجر دون أن تحصل له كل الفائدة، ويلزم منه تجويز الاستئجار للإمامه؛ ليحصل للمستأجر فضيلة الجماعة. وقوله: «فيما يحمله فكل منفعة متقومة. . .» إلى آخره. قريب من قوله في أول الركن: «متقومة لانضمام عين إليها. . .» إلى آخره. وهمافي ظاهرالأمر كضابطين يتأدى بهما معنى واحد، لكن ينبغي أن يتنبه فيه لشيئين:

أحدها: أن التعرض للمتقوم مغنٍ عن قوله: «يلحق العامل بها كلفة»؛ لأن ما لا كلفة فيه لا يتقوم كما سبق.

والثاني: أنه وإن أطلق لفظ المنفعة، لكن المراد هاهنا الأعمال التي يستأجر لها الأجراء، وإلا لم ينتظم قوله «يلحق العامل فيها كلفة»، أوْ لا مجال لمفهومه في منفعة لبس الثوب، وسكون الدار، وقد صرح بذلك في «الوسيط» فقال: كل عمل معلوم متاع يلحق العامل فيه كلفة. . . .» إلى آخره، وكذلك حكاه الإمام عن القاضي الحسين، ثم هذا الضابط سواء كان ضابطاً لمنفعة، أو لمنافع أبدان الأجراء لا اختصاص له بهذا الموضع، وذكره في غير هذا الموضع أحسن، والله أعلم.

قال الغزالي: **وَأَمَّا قَوْلُهُ: مَعْلُومَةٌ فَتَفْصِيلُهُ فِي الآدَمِيِّ والأراضي وَالدَّوَابِّ، (أَمَّا**

---

(١) أبو بكر محمد بن بكر الطوسي النوقاني تفقه بنيسابور على يد السرخسي وببغداد علي أبي محمد الباقي وكان إمام أصحاب الشافعي بنيسابور توفي بنوقان سنة عشرين وأربعمائة قاله ابن الصلاح في طبقاته. طبقات الإسنوي ٢/ ٥٧ ونقل عن هذا القول.

الآدَمِيُّ) إِذَا اَسْتُؤْجَرَ لِصَنعَةٍ عُرِفَ بِالزَّمَانِ أَوْ بِمَحَلِّ العَمَلِ كَمَا لَوِ اَسْتَأْجِرَ الخَيَّاطَ يَوْماً أَوْ لِخِيَاطَةِ ثَوْبٍ مُعَيَّنٍ، وَلَوْقال اَستأْجَرْتُكَ لِتُخَيِّطَ هَذَا القَمِيصَ في هَذَا اليَوْمِ فَسَدَ (و) لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَتمُّ العَمَلُ قَبْلَ اليَوْمِ أَوْ بَعْدَهُ، وفي تَعْلِيمِ القُرْآنِ يُعَلَّمُ بِالسُّوَرِ أَوْ بِالزَّمانِ، وَفِي الإِرْضَاعِ يُعَيِّنُ الصَّبِيَّ وَمَحَلَّ الإِرْضَاعِ، فَإِنَّ هَذَا مِمَّا يَخْتَلِفُ الغَرَضُ بِهِ

قال الرافعي: الشرط الخامس: كون المنفعة معلومة؛ وقد اعتبر في البيع العلم بثلاثة أمور من المبيع: العين، والقدر، والصفة.

أما العين، فلما لا يجوز أن يقول: بعتك أحد هذين العبدين، لا يجوز أن يقول: أجرتك أحدهما، بل إما أن يلتزم في الذمة كما يلتزم بالسلم، وإما أن يؤجر عيناً معينة، ثم إن لم تكن لها إلاَّ منفعة واحدة، فالإجارة محمولة عليها، وإن كانت لها منافع لا بد من البيان. وأما الصفة، فقد ذكرنا أن إجارة العَيْن الغائبة على الخلاف في بيعها.

وأما القدر، فهو المقصود بالذكر فاعلم أن قدر المنفعة يشترط العلم به، سواء كانت الإجارة في الذمة، أو كانت إجارة عين، بخلاف المبيع، فإن الشيء المعين إذا بيع تغني المشاهدة عن تحقيق القدر. والفرق أن المنافع ليس لها حضور محقق، وإنما هي متعلّقة بالاستقبال، والمشاهدة لا يطلع فيها على الغرض، ثم المنافع تقدر بطريقتين: تارةً تقدر بالزمان، كما إذا استأجر الدار ليسكنها سنة.

وتارةً بمحل العمل، كما إذا استأجر الخَيَّاط ليخيط له الثوب المعين، أو الدابة ليركبها إلى موضع كذا.

ثم قد يتعين الطريق الأول، كما في استئجار العقارات، فإن منافعها لا تنضبط إلاَّ بالمدة وكالإرضاع فإن تقدير اللبن لا يمكن، ولا سبيل فيه إلاَّ الضبط بالزمان.

وقد يسوغ الطريقان كما إذا استأجر عين شخص أو دابة يمكنه أن يقول: ليعمل لي كذا شهراً، وأن يقول: ليخيط هذا الثوب، وفي الدابة أن يقول: لأتردد عليها في حوائجي اليوم، أو يقول: لأركبها إلى موضع كذا، فأيهما كان كفي لتعريف المقدار، فإن جمع بينهما بأن قال: استأجرتك لتخيط لي هذا القميص اليوم ففيه وجهان:

أصحهما: وهو المذكور في الكتاب، وبه قال أبو حنيفة: أنه لا يجوز؛ لأن في إضافة الزمان إلى العمل غرراً لا حاجة إلى احتماله؛ لجواز انتهاء العمل قبل انتهاء اليوم وبالعكس، وهذا كما إذا أسلم في قفيز حِنْطَة، بشرط أن يكون كذا لا يصح؛ لا حتمال أن يزيد أو ينقص فيتعذر التسليم.

والثاني: يجوز، والمدة مذكورة للتعجيل، فلا تؤثر في فساد العقد، وعلى هذا فوجهان:

أصحهما: أنه يستحق الأُجرة بأسرعهما إتماماً، فإن تم العمل قبل إتمام اليوم وجبت الأُجرة، وإن انقضى النهار قبل تمام العمل فكذلك والثاني الإعتبار بالعمل مقصود فإن تم قبل انقضاء اليوم وحب الإجرة اليوم قبله وجب إتمامه، وبالأول أفتى القفال وذكر أنه إن انقضى النهار أوّلاً لم يلزمه خياطة الباقي، وإنْ تم العمل أولاً، فللمستأجر أن يأتي بمثل ذلك القميص ليخيط بقية النهار، فإن قال في الإجارة: على أنك إن فرغت قبل تمام اليوم لم تخط غيره، بطلت الإجارة؛ لأن زمان العمل يصير مجهولاً. إذا عرفت ذلك فالمنافع متعلقة بالأعيان، وتابعة لها، وعدد آحاد الأعيان التي تستأجر كالمتعذر، فَعُنى الأصحاب بثلاثة أنواع تكثر البلوى بإجارتها ليعرف طريق الضبط فيها، ثم يقاس بها غيرها.

أحدها: الآدمي يستأجر لعمل، أو صناعة كالخياطة، فإن كانت الإجارة في الذمة قال: لزمت ذمتك خياطة هذا الثوب، ولو أطلق وقال: ألزمت ذمتك عمل الخياطة كذا يوماً.

قال القاضي أبو الطيب: لا يصح، وبه أجاب صاحب «التتمة» توجيهاً بأنه لم يعين عاملاً يخيط، ولا محلاً للخياطة، فلا ترتفع الجهالة. وإن استأجر عينه قال: استأجرتك لتخيط هذا الثوب ولو قال لتخيط لي يوماً أو شهراً، نقل أكثرهم جوازه أيضاً، ويجب أن يبين الثوب، وما يريد منه من القميص، أو القبا، أو السَّرَاويل، والطول، والعرض، وأن يبين نوع الخياطة، أهي رومية، أو فارسية؟ إلاَّ أن تطرد العادة بنوع فيحمل المطلق عليه.

ومن هذا النوع الاستئجار لتعليم القرآن، ذكر الإمام وصاحب الكتاب أنه يعين السورة والآيات التي يعلمها، أو يقدر المدة، فيقول: لتعلمني شهراً، وفي إيراد غيرها ما يفهم عدم الاكتفاء بذكر المدة، واشتراط تعيين السور والآيات؛ لتفاوت التعليم سهولة وصعوبة. وفيه وجه أنه لا يجب تعيين السور، وإذا ذكر عشر آيات كفى.

وفي «المهذب» وجه أنه لا بد من تعيين السور، لكن يكتفي بإطلاق العشر منها، ولا يعين واحتج له بما روي أنهِ صَلَّىَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ في قِصَّةِ التَّي عَرَضَتْ نَفْسَهَا عَلَيْه لبعض القوم: «إني أُريد أَنْ أُزَوِجَكَ هَذِهِ إنْ رَضِيتِ فَقَالَ: مَا رَضِيْتَ لِي يَا رَسُولَ اللَّهِ فَقَدْ رَضِيْتُ فَقَالَ لِلرَّجُلِ: هِلِ عِنْدَكَ شَيء؟ قَالَ: لاَ قَالَ مَا تَحْفَظُ شَيْئاً مِنَ الْقُرآنَ؟ قال: سُوَرَةَ الْبَقَرَةِ والَّتي تَلِيْهَا. قَالَ: قُمْ فَعَلِّمْهَا عِشْرَين آيَة وَهِيَ امْرأَتُكَ»[1].

---

(١) أخرجه أبو داود (٢١١٢) من حديث أبي هريرة ورواه البخاري (٥٠٣٠) ومسلم (١٤٢٥) من حديث سهل.

وفي وجوب رواية ابن كثير[١] ونافع[٢] وغيرهما وجهان:

أصحهما: المنع؛ لأَن الأَمر فيهما قريب، ويدل عليه الخبر السابق.

قال الإمام وكنت أود أَلَّا يصح الاستئجار للتعليم حتى يختبر حفظ المتعلم، كما لا تصح إِجارة الدابة للركوب حتى يعرف حال الراكب.

لكن ظاهر كلام الأَصحاب أَنه لا يشترط، والخبر يدل عليه، وإِنما الاستئجار لتعليم القرآن إِذا كان من يعلمه مسلماً أَو كافراً يُرْجَى إِسلامه، فإِن كان لا يُرْجَى لا يعلم القرآن، كما لا يباع المصحف من الكافر، ولا يجوز الاستئجار له.

وإِن كان المستأجر على تعليمه يعلم الشيء بعد الشيء ثم ينساه، فهل على الأَجير إِعادة التعليم؟ فيه أَوجه:

أَحدها: أَنه إِن تعلم آية ثم نسيها، لم يجب تعليمها ثانياً، وإِن تعلم دون آية ونسي وجب. والثاني: أَن الاعتبار بالسورة.

والثالث: إِن نسي في مجلس التعليم، وجب إِعادته، وإِن نسي بعده فلا.

والرابع: أَن الرجوع فيه إِلى العرف الغالب وهو الأَصح.

فرع: عن القاضي الحسين في «فتاوية» أَن الاستئجار لقراءة القرآن على رأس القبر مدة جائز[٣]، كالاستئجار للأَذان، وتعليم القرآن.

واعلم أَن عَوْد المنفعة إِلى المستأجر شرط في الإجارة كما سبق، فيجب عود المنفعة إِلى المستأجر أَو ميِّته، لكن المستأجر لا ينتفع بأَن يقرأ الغير، ومشهور أَن الميت لا يلحقة ثواب القراءة المجردة، فالوجه تنزيل الاستئجار على صور انتفاع الميت بالقراءة، وذكر له طريقتين.

أَحدهما: أَن يعقب القراءة بالدعاء للميت، فإِن الدعاء يلحقه، والدعاء بعد القراءة أَقرب إِلى الإِجابة، وأَكثر بركة.

---

(١) وقعت سهواً هذه الترجمة في كتاب الروضه ومليتيه وهو عبد الله بن كثير الداري المكي أبو معبد: أحد القراء السبعة كان قاضي الجماعة بمكة وكانت حرفته العطارة وسيمون العطار «دارياً» فعرف بالداري وهو فارسي الأصل مولده ووفاته بمكة ١٢٠ هـ.
(ينظر وفيات الأعيان ١/ ٢٥٠ ـ الأعلام ٤/ ١١٥)

(٢) نافع بن عبد الرحمن بن أبي نعيم أبو رويم ويقال أبو نعيم مولى جعونة بن شعيب الليثي خليف حمزة بن عبد المطلب المدني أحد القراء السبعة والأعلام له مناقب عديدة تنظر في كتب الطبقات.
(انظر غاية النهاية ٢/ ٢٣٠)

(٣) وعللوا الجواز بالانتفاع بنزول الرحمة حيث يقرأ القرآن ويكون الميت كالحي الحاضر.

والثاني: ذكر الشيخ عبد الكريم الشّالوسي[١] أنه إن نوى القارىء بقراءته أن يكون ثوابها للميت لم يلحقه، لكن إن قرأ، ثم جعل ما حصل من الأجر له فهو دعاء بحصول ذلك الأجر للميت، فينتفع الميت[٢].

ومنه: الاستئجار للرضاع يجب فيه التقدير بالمدة كما سبق، ولا سبيل إلى ضبط مرات الإرضاع ولا القدر الذي يستوفيه في كل مرة، وقد تعرض له الأمراض والأسباب الملهية، ويجب تعيين الصبي لاختلاف الغرض باختلاف حال الرضيع[٣]، وتعيين الموضع الذي يرضع فيه أهو بيته أم بيتها. فإن إرضاعها في بيتها أسهل عليها، فالإرضاع في بيته أشد وثوقاً، هذا ما ذكره في استئجار الآدمي.

وقد يستأجر لأمور أخر: **منها**: الحج وقد ذكرناه في بابه. **ومنها**: إذا استأجر لحفر بئر أو نهر أو قناة، قدّر إمّا بالزمان، فيقول: تحفر لي شهراً، أو بالعمل، فيقدر الطول والعرض والعمق، ويجب معرفة الأرض بالمشاهدة، وللوقوف على صلابتها ورخاوتها، ويجب عليه إخراج التراب المحفور، فإن انهار شيء من جوانب البئر لم يلزمه إخراج ذلك التراب وإذا انتهى إلى موضع صلب إو حجارة، نظر إن كان يعمل فيه المعول وجب حفره على أظهر الوجهين، وبه قال القاضي أبو الطيب.

والثاني: لا يجب، وبه قال ابن الصَّبَّاغ؛ ولأنه خلاف ما اقتضته المشاهدة، فعلى هذا له فسخ العقد، وإن لم يعمل به المعول أو نبع الماء قبل أن ينتهي إلى القدر المشروط، وتعذر الحفر انفسخ العقد في الباقي، ولا يفسخ فيما مضى على الأصح، فتوزع الأجرة المسماة على ما عمل، وعلى ما بقي:

وإن استأجر لحفر قَبْرٍ بَيَّنَ الموضع، والطول والعرض، والعمق، ولا يكفي الإطلاق خلافاً لأبي حنيفة، ولا يجب عليه التراب بعد وضع الميت خلافاً له أيضاً.

ومنها: إذا استأجر اللبن، قدر بالزمان أو العمل، وإذا قدر بالعمل بين العدد

---

(١) أبو بكر، وقيل: أبو عبد الله. عبد الكريم بن أحمد بن الحسين الطبري، الشالُوسي. قال ابن السمعاني: كان فقيه عصره بآمل، ومدرّسها، ومفتيها، وكان واعظاً زاهداً من بيت الزهد والعلم قال: وتوفي سنة خمس وستين وأربعمائة، وسمع بالعراق والحجاز، ومصر، وغيرهما. والشالُوسي: نسبة إلى شالوس، قرية بنواحي آمل طبرستان، وشينها الأولى معجمة والثانية مهملة، انتهى كلامه، في «الأنساب». (ينظر طبقات الإسنوي ٢/ ٦ ـ ٧)

(٢) ظاهر كلام القاضي حسين: صحة الإجارة مطلقاً وهو المختار فإن موضع القراءة موضع بركة وبه تنزل الرحمة وهذا مقصود ينفع الميت. (ينظر الروضة ٤/ ٢٦٦)

(٣) قال في البحر: وإنما يعرف بالمشاهدة أي بالوصف لإختلاف شربه باختلاف سنه.

والقالب، فإن كان القالب معروفاً فذاك، وإلاَّ بين طوله وعرضه وسمكه.

وعن القاضي أَبي الطيب: الاكتفاء بمشاهدة القالب، ويجب بيان الموضع الذي يضرب فيه، لأَنه يبعد من الماء ويقرب، وربما يحتاج إلى نقل التراب أيضاً، ولا يجب عليه إقامتها حتى تجف خلافاً لأَبي حنيفة، ولو أَستاجر لطبخ اللبن فطبخ يجب عليه الإخراج من الأتون خلافاً له. **ومنها**: إذا استأجر لبناء، قدر بالزمان أو بالعمل، فإن قدر بالعمل، بينّ موضعه، وطوله وعرضه، وسمكه، وما يبنى منه من الطين، أو الأَجر وإن استأجره للتطيين أو التجصيص بقدر بالزمان، ولا سبيل فيه إلى تقدير العمل، فإن سمكه لا ينضبط رقة وثخانة.

ومنها: إذا استأجر كَحَّالاً ليداوي عينيه قدر بالمدة دون البرء، فإن برئت عيناه قبل تمامها انفسخ العقد في الباقي، ولا يقدر بالعمل؛ لأَن قدر الدواء لا ينضبط، ويختلف بحسب الحاجة. **ومنها**: إذا استأجر للرعي، وجب بيان المدة، وجنس الحيوان، ثم يجوز العقد على قطيع معين ويجوز في الذمة، وحينئذ فأظهر الوجهين عند الشيخ أبي إسحاق الشيرازي أنه يجب بيان العدد.

والثاني: وبه أجاب ابن الصَّبَّاغ، والقاضي الروياني، أنه لا يجب، ويحمل على ما جرت العادة أَن يرعاه الواحد.

قال الروياني: وهو مائة رأس من الغنم على التقريب، وإن توالدت حكى ابن الصباغ أنه لا يلزمه رعي أولادها إن رد العقد على أعيانها، وإن كانت في الذمة لزمه.

ومنها: إذا استأجر نَسَّاخاً ليكتب له، بينّ عدد الأوراق والأسطر في كل صفحة ولم يتعرضوا للتقدير بالمدة، والقياس جوازه، وأَن يجب عند تقدير العمل بيان قدر الحواشي، والقطع الذي يكتب فيه.

فرع:

يجوز الاستئجار لاستيفاء الحد والقصاص، خلافاً لأَبي حنيفة في قصاص النفس.

فرع:

يجوز الاستئجار لنقل الميتة عن الدار إلى المزيلة، والخمر لتراق ولا يجوز نقل الخمر من بيت إلى بيت خلافاً لأَبي حنيفة؟

قال الغزالي: **(أَمَّا الأَرَاضِي) فَمَا يُطْلَبُ لِلسُّكْنَى يَرَى المُسْتَأْجِرُ مَوَاضِعَ الغَرضِ فَيَنْظَرُ فِي الحَمَّامِ إِلى البُيُوتِ وَبِئْرِ المَاءِ وَمَسْقَطِ القَمَّاشِ وَالأَتُونِ وَالوَقُودِ وَيُعْرَفُ قَدْرُ المَنْفَعَةِ بِالمَدَّةِ، فَإِنْ أَجَّرَ سَنَةً فَذاكَ، فَإِنْ زَادَ فَالأَصَحُ (و) أَنَّهُ جَائِزٌ ولاَ ضَبْطِ فِيهِ قَوْلاَنِ**

آخَرَانِ، أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ لاَ يُزَادُ عَلَى السَّنَةِ لأَنَّهُ مُقَيَّدٌ بِالحَاجَةِ، وَالثَّانِي: أَنَّهُ لاَ يُزَادُ عَلَى ثَلاثِينَ سَنَةً، وَلَوْ آجَرَ سِنِينَ ولَمْ يُقَدِّرْ حِصَّةَ كُلِّ سَنَةٍ مِنَ الأُجْرَةِ فَالأَصَح (و) الجَوَازُ كَمَا فِي الأَشْهُرِ مِنْ سَنَةٍ وَاحِدَةٍ، وَلَوْ قَالَ: آجَرْتُكَ شَهْراً بِدِرْهَم وَمَا زَادَ فَبِحِسَابِهِ فَهُوَ فَاسِدٌ إِذْ لَمْ يُقَدِّرْ جُمْلَتَهُ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَصِحُّ فِي الشَّهْرِ الأَوَّلِ وَيَفْسدُ فِي البَاقِي.

قال الرافعي: النوع الثاني: العقارات، وتستأجر لأغراض: منها السُّكنى، فإذا استأجر داراً وجب أن يعرف موضعها، وكيفية أبنيتها؛ لاختلاف الغرض باختلافها، وفي الحَمَّام يعرف البيوت، والبئر التي يسقى منها ماؤه، والقدر التي يسخن فيها، والأتون وهو موضع الوقود ومبسط القماش[١]، والذي يجمع للأتون من السِّرْجِيْنِ ونحوه، والموضع الذي يجمع فيه الزِّبْل، والوَقُود، ومطرح الرَّمَاد، والمُسْتنقَع الذي يجمع فيه الماء الخارج من الحمام، وعلى هذا قياس سائر المساكن.

وقوله في الكتاب: «يرى المستأجر مواضع الغرض، فينظر في الحمام» مبني على أن إجارة الغائب لا تجوز. أما إذا جوزناها، فلا تعتبر الرؤية، بل يكفي الذكر.

وقوله: «ومبسط القماش والاتون والوقود».

الوجه أن يقدم لفظ الوقود ليصير المعنى، ومبسط القماش، وموضع الوقود والأتون، وهذا لفظه في «الوسيط». فأما نفس الوقود فلا حاجة إلى رؤيته، ولا هو داخل في بيع الحَمَّام وإجارتها، كالأزر والأسطال والحبل والدَّلو.

وذكر في «الشامل» في رؤية قدر الحمام أنه إما أن يشاهد داخلها من الحمام، أو ظاهرها من الأتون، والقياس: على اعتبار الرؤية أن يشاهد الوجهين عند الإمكان، كما تعتبر مشاهدة وجهي الثوب. وفي شرح «المفتاح» أنه لا بد من ذكر عدد السُّكَّان من الرجال والنساء والصبيان، ثم لا يمتنع دخول زائر وضيف، وإن بات فيها ليالي في إجارة الدار[٢].

ولا بد من تقدير هذه المنفعة بالمدة، ولها كانت منافع هذه العقارات لا تتقدَّر إلاَّ بالمدة كما ذكرنا في الفصل السابق تكلّم في مدة الإجارة في هذا الموضع، وفيها مسائل.

إحداها: في إجارة الشيء أكثر من سنة قولان:

---

(١) هو موضع أي قماش وضع داخل الحمام.

(٢) هذا الإشتراط لا يعرف لغيره والمختار: أنه لا يعتبر لكن يسكن فيها من جرت العادة به في مثلها وهذا مقتضى إطلاق الأصحاب فلا عدول عنه. (ينظر الروضة ٤/ ٢٧٠)

أحدهما: المنع، لأن الإجارة عقد على معدوم جوز رخصة للحاجة والحاجة تندفع بالتجويز سنة، لأنها مدة تنظيم الفصول، وتتكرر فيها الزروع والثمار والمنافع بتكرر تكررها.

وأصحهما: الجواز، كما يجوز الجمع في البيع بين أعيان كثيرة، وهذا ما أجاب به في «المختصر»، فقال: وله أن يؤجر داره وعبده ثلاثين سنة، وعلى هذا فطريقان:

أحدهما: أن المسألة على قولين:

أحدهما: أنه يجوز الزيادة على ثلاثين سنة؛ لأنها نصف العمر، والغالب ظهور التغيير على الشيء بمضي هذه المدة، فلا حاجة إلى تجويز الزيادة عليها.

وأصحهما: أنه لا تقدر كما لا تقدر في جميع الأعيان المختلفة في البيع.

والطريق الثاني: القطع بالقول الثاني، وحمل ما ذكره المُزَنِيُّ على التمثيل للكثرة لا للتحديد، وعلى هذا من ضابط؟ قال معظم الأصحاب: يجب أن تكون المدة بحيث يبقى إليها ذلك الشيء غالباً، فلا يؤجر العبد أكثر من ثلاثين سنة، والدابة تؤجر عشر سنين، والثوب إلى سنتين، أو سنة على ما يليق به، والأراضي إلى مائة أو أكثر.

وفي كتاب القاضي ابْنِ كَجٍّ أن العبد يؤجر إلى مائة وعشرين سَنَةً من عمره.

وقال بعضهم: يصح وإن كانت المدة بحيث لا تبقى إليها العين في الغالب اعتماداً على أن الأصل الدوام والاستمرار، فإن هلك بعارض، فهو كانهدام الدار ونحوه في المدة، وحاصل هذا الترتيب أربعة أقوال.

التقدير بثلاثين سنة والضبط بمدة بقاء ذلك الشيء غالباً، ومنع الضبط والتقدير من كل وجه. وقوله: فالأصح أنه جائز ولا ضبطَ يجوز أن يحمل على ما قاله المعظم.

ويقال: المعنى أنه لا ضبط بعد كون المدة بحيث يبقى إليها شيء، ويجوز أن يجري على ظاهره، فيكون اختياراً للقول الرابع وقد اختاره غيره من أصحاب الإمام.

وقوله: «وفيه قولان آخران» يجوز إعلامه بالواو للطريقة القاطعة لقول التقدير بالثلاثين. وقوله: «لا يزاد على السنة ولا يزاد على ثلاثين سنةً معلّماً بالحاء والميم والألف؛ لأن عندهم لا تقدير. وحكم الوقف في مدة الإجارة حكم الملك.

قال أبو سعيد المتولي: إلاَّ أنَّ الحكام اصطلحوا على منع إجارته أكثر من ثلاث سنين لئلاَّ [1] يندرس الوقف، وهذا الاصطلاح غير مطرد، وهو قريب مما حكوه عن

---

(1) في ط ثلاث سنين في عقد واحد.

أَبِي حَنِيْفَةَ في منع إجارة الوقف أكثر من ثلاث سنين في عقد واحد.

وفي «آمالي» أَبِي الفَرجِ السَّرْخَسِيِّ أن المذهب منع إجارة الوقف أكثر من سنة واحدة إذا لم تمس إليها الحاجة لعمارة وغيرها وهو قريب.

المسألة الثانية: إنْ جوزنا الإجارة أكثر من سنة، فهل يجب تقدير حصَّة كل سنه؟قولان:

أصحهما: لا كما لو باع أعياناً صفقة واحدة لا يجب تقدير حِصّة كل عين منها، وكما لو أَجَّرَ سنة لا يجب تقدير حِصّة كل شهر.

والثاني: ويحكى عن رواية الربيع، وحرملة، والمزني في «الجامع الكبير»، نعم؛ لأن المنافع تتفاوت قيمها بالسنين، وربما تهلك العين في المدة، فيتنازعان في قدر الواجب من الأجرة، ومن قال بالاول يوزع الأجرة المُسَمَّاة على قيمة منافع السنين، فينقطع النزاع، وبنى القولين بعضهم على القولين فيما إذا أسلم في شيئين، أو في شيء إلى أجلين، ففي قول يجوز أخذاً بظاهر السلامة[1]، وفي قول: لا لما عساه أن يقع من الجهالة بالأجرة، ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: «فالأصح الجواز» ـ بالواو ـ لأن القاضي أبَا القَاسِمِ بْنَ كَجٍّ حكى طريقة أخرى قاطعة بإنه لا يجب التقدير، واختارها مذهباً.

الثالثة: قول العاقد أجرتك شهراً أو سنة فحمول على ما يتصل بالعقد في أظهر الوجهين. وبه قال أبو حنيفة؛ لأنه المفهوم المتعارف.

والثاني: وبه قال أحمد: لا بد وأن يقول: من الآن وإلاً فهو كقوله: بعتك عبداً من العبيد، ولو قال: أجرتك شهراً من السنة.

قال الإمام: يفسد العقد بلا خلاف للإبهام، واختلاف الأغراض.

وإذا قال: أَجَّرْتُكَ هذه الدار كل شهر بدرهم من الآن لم تصح الإجارة؛ لأنه لم يبين لها مدة. وعن «الإملاء» أن تصح في الشهر الأول؛ لأنه معلوم، والزيادة مجهولة، وبه قال الإصطخري.

ولو قال: أجرتك كل شهر من هذه السنة بدرهم لم يصح.

وعن ابن سريج أنه يصح في شهر واحد دون ما زاد، ورجحوا الأول واحتجوا له بأنه لم يضف الإجارة إلى جميع السنة. وفي «النهاية» أن الأئمة بمثله أجابوا فيما إذا قال: بعتك كل صاع من هذه الصُّبْرة بدرهم، وقالوا: إنه لم يضف البيع إلى جميع

(١) في ط المسألة.

الصبرة بخلاف ما إذا قال: بعتك هذه الصُّبرة كل صاع بدرهم.

وكان ينبغي أن يفرّق بين أن يقول: بعتك كل صاع من هذه الصبرة بدرهم، فيجعل كما لو قال: بعتك هذه الصُّبرة كل صاع بدرهم، ويصح العقد في الجميع وبين أن يقول: بعتك من هذه الصبرة كل صاع بدرهم، فيحكم بالبطلان هاهنا أو يصح في صاع واحد، كما حكيناه عن ابْنِ سُرَيْجٍ في البيع، وكذلك ينبغي أن يفرق في الإجارة.

وقد وَفَّى القضية المذكورة الشيخ أبو محمد، فسوى بين قوله: بعتك كل صاع من هذه الصُّبْرَةِ بدرهم، وبين قوله: بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهمٍ، وصحح البيع في جميع الصبرة باللفظين.

ثم اعلم أن عامة النقلة إنما نقلوا التجويز في شهر واحد عن ابن سُرَيْجٍ فيما إذا ضبط الاشهر بالسنة، أما إذا أطلق، وقال: كل شهر بدرهم، فالخلاف فيها منسوب إلى «الإملاء»، واختيار الإصطخري كما سبق. والفرق بين الصورتين بَيِّنٌ.

وحكى الإمام والمصنف في «الوسيط» التجويز في شهر عن ابن سريج مع التصوير فيما إذا أطلق ذكر الشهر، ولم يساعدا عليه.

وقوله هاهنا: لو قال: آجرتك شهراً بدرهم، وما زاد فبحسابه» أراد به الصورة الأولى والثانية، حيث حكى الخلاف فيه، وأما ما يشعر به اللفظ فلا يجري فيه الخلاف، لأن قوله: آجرتك شهراً بدرهم إمَّا أنْ يُحْمَلَ على شهرٍ غير معين، أو على الشهر المتصل باللفظ، إن كان الأول فَلا خلاف في فساد الإجارة، وإن كان الثاني فالشهر الأول مفرد بالعقد مقابل بالعوض، فيصح العقدُ فيه بلا خلاف.

وكذلك أورده صاحب «المهذب» وغيره.

واعلم أن الحكم في مدة الأجارة كالحكم في أجل السلم في أن مطلق الشهر يحمل على أمرين.

وكذا السنة في أنه إذا قَيّد بالعدد، أو قال سنة روميّة، أو فارسيّه أو شميّسة كان الأجل ما ذكره في أن العقد إذا انطبق على أَوَّلِ الشهرِ اعتبر ذلك الشهر، وما بعده بالأهلّة، وإن لم ينطبق تمم المنكسر بالعدد من الآخر، ويحسب الباقي بالأهلّة، وفي سائر المسائل المذكورة في السلم، وفي التأجيل بالسنة الشمسية وجه أنه لا يجوز، وهو قريب من الوجه المذكور هناك في التأقيت بفصح النصارى.

ولو قال: أجرتك شهراً من هذه السنة فإن لم يكن بقي من السنة إلاَّ شهر صَحَّ، وإن بقي أكثر من شهر لم يصح للجهالة، هكذا ذكره في «التهذيب» و «التتمة».

والحكم بالبطلان فيما إذا كان الباقي أكثر من شهر يجوز أن يكون تفريعاً على

قولنا: إن الشهر المطلق محمول على المتصل بالعقد ويجوز أن يحكم بالبطلان مع قولنا أن الشهر المطلق محمول مع المتصل بالعقد.

ويقال: التعقيب بقوله: من هذه السنة يمنع من فهم الشهر المتصل بالعقد، ويوقع التردد بينه وبين سائر الشهور.

قال الغزلي: **وَلَوْ قَالَ: آجَرْتُكَ الأَرْضَ وَلَمْ يُعَيِّنِ البِنَاءَ وَالزِّرَاعَةَ وَالغِرَاسَ لَمْ يَجُزْ لأَنَّهُ مَجْهُولٌ، وَلَوْ قَالَ: لِتَنْتَفِعَ بِهِ مَا شِئْتَ جَازَ(و)، وَلَوْ قَالَ: آجَرْتُكَ لِلزِّرَاعَةِ وَلَمْ يَذْكُرْ مَا يَزْرَعُ فَفِيهِ خِلافٌ لِأَنَّ التَّفَاوُتَ فِيه قَرِيبٌ، وَلَوْ قَالَ: أَكْرَيْتُكَ إِنْ شئت فَازْرَعْهَا وإِنْ شئْتَ فَاغْرِسْهَا جَازَ عَلَى الأَصَحِّ (و) وَيَتَخَيَّرُ كَمَا لَوْ قَالَ: كَيْفَ شِئْتَ، وَلَوْ قَالَ: أَكْرَيْتُكَ فَازْرَعْهَا وَاغْرِسْهَا وَلَمْ يَذْكُرِ القَدْرَ فَهُوَ فَاسِدٌ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَنْزِلُ عَلَى النِّصْفِ، وَلَوِ اكْتَرَى الأَرْضَ لِلْبِنَاءِ وَجَبَ تَعْرِيفُ عَرْضِ البِنَاءِ ومَوْضِعِهِ، وفِي تَعْرِيفِ ارْتِفَاعِهِ خِلافٌ (و).**

قال الرافعي: ومما تستأجر له الأرض البناء. والزراعة، والغراس، فلو قال: آجرتك هذه الأرض ولم يذكر البناء ولا غيره، وهي صالحة للكل لم يصح؛ لأن منافع هذه الجهات مختلفه. وكذا ضررها اللاحق بالأرض فوجب التعيين، كما لو أجر بهيمة لا يجوز الإطلاق، هذا جواب الأصحاب في هذا الموضع وقد رأوه متفقاً عليه، حتى احتجوا به لأحد الوجهين فيما لو أعار الأرض مطلقاً كما سبق في «العارية».

لكنا قد نقلنا في مسألة إجارة الأرض التي لا ماءَ لها تصريحهم بجواز الإجارة مطلقاً فيشبه أن تكون الإجارة مطلقاً على وجهين كإعارتها.

والظاهر المنع فيهما، وما ذكروه في إجارة الأرض التي لا ماء لها مفرع على الوجه الآخر[1] أو مؤول.

ولو أجر داراً أو بيتاً لم يحتج إلى ذكر السُّكنى؛ لأن الدار لا تستأجر إلاَّ للسكنى، ووضع المتاع فيها، وليس ضررها مختلف، فيجوز الإطلاق كذا ذكروه.

ويجوز أن يمنع فيقال: كما تستأجر الدار للسُّكنى، كذلك تستأجر لتتخذ مسجداً،

---

(١) قال النووي: المذهب، ما نص عليه في المسائل الثلاث، فلا تصح الإجارة هنا مطلقاً، وتصح العاريّة على وجه، لأن أمرها على التوسعة والإرفاق، فاحتمل فيها هذا النوع من الجهالة كإباحة الطعام، بخلاف الإيجارة، فإنها عقد مغابنة، فهذا عمدة الأصحاب. وأما مسألة إجارة الأرض التي لا ماء لها، فمؤوّلة. (ينظر الروضة ٤/ ٢٧٢)

ولعمل الحَدّادين، والقصارين، ولطرح المزابل فيها، وهي أكثر ضرراً، ألاَ تَرىَ إذا استأجر للسُّكنى لم يكن له شيء من هذه الانتفاعات؟ فإذاً ما جعلوه مبطلاً في إجارة الأرض مطلقاً موجود في الدار ولئن قيل الإجارة لا تكون إلاَّ لاستيقاء منفعة، فإذا أجر الدّارَ وأطلق، منزل على أدنى الجهات ضرراً، وهي السكنى، ووضع المتاع لزم في إجارة الأرض مثله حتى ينزل على أدنى الجهات ضرراً وهي الزراعة، ويصح العقد بها، وهذا الإشكال ينساق إلى أنه لا بد في استئجار الدار من بيان أنه يستأجر للسكنى، أو للعمارة فيها، وقد أجاب بعض شارحي «المفتاح».

ولو قال: أجرتك هذه الأرض تنتفع بها ما شئت.

فمنقول الإمام وصاحب الكتاب أن الإجارة صحيحة، وله أن ينتفع ما شاء لرضاه. وفي «التهذيب» وجه آخر: أنها لا تصح كما لو قال: بعتك من هؤلاء العبيد من شئت. ولو قال: أجرتكها للزرعة، ولم يذكر ما يزرع أو للبناء والغراس، وأطلق فوجهان كالوجهين المذكورين فيما إذا أعار الأرض للزراعة، ولم يبين الزرع.

أظهرهما: عند الأكثرين الجواز.

وبالمنع قال أبو حنيفة وابن سريج ونقله القاضي ابن كج عن نصه في «الجامع الكبير» وحكى للأول عن تخريج ابن القطان حكاية الشيء الغريب، ومن جوّز قال: له أن يزرع ما شاء لإطلاق اللفظ، وكان يجوز أن ينزل على أقل الدرجات، ولو قال: أجرتكها لتزرع، أو لتغرس لم يصح، ولو قال: إن شئت فازرعها، وإن شئت فاغرسها، فأصح الوجهين ما ذكر في الكتاب صحة الإجارة ويخيرّ المستأجر.

والثاني: المنع كما لو قال: بعتك بألف مُكَسَّرة إن شئت، وصحيحة إن شئت، واستشهد في الكتاب للوجه الأول بماذا قال: لتنتفع كيف شئت؟

لكنّا حكينا الخلاف فيه أيضاً فلا فرق.

ولو قال: أكريتك فازرعها واغرسها، أو لتغرسها وتزرعها، ولم يبين القدر فوجهان.

أحدهما: وبه قال ابن سلمة: يصح وينزل على النصف، وعلى هذا فله أن يزرع الكل لجواز العدول من الغراس إلى الزرع، ولا يجوز أن يغرس الكل.

وأقربهما: وبه قال المزني وابن سريج، وأبو إسحاق: أنه لا يصح؛ لأنه لم يُبَيِّن كم يزرع؟ وكم يغرس؟ بل لو قال: لتزرع النصف، وتغرس النصف فعن القَفَّال: أنه لا يصح لأنه لم يُبيِّن المغروس والمزروع، فصار كما إذا قال: بعتك أحد هذين العبدين بألف والآخر بخمسمائة، ويجب في استئجار الأرض للبناء بيان موضعه وطوله

وعرضه، وفي بيان قدر ارتفاعه وجهان ذكرهما في «كتاب الصلح» بتوجيههما:

والأظهر: ما أجاب به في الكتاب هناك، وهو أنه لا حاجة إليه، بخلاف ما إذا استأجر سقفاً للبناء.

قال الغزالي: (**أَمَّا الدوَابُّ**) فَإِنِ ٱسْتُؤْجِرَ لِلرُّكُوبِ عَرَّفَ (م) الآجِرُ الرَّاكِبَ بِرُؤْيَةِ شَخْصِهِ أَوْ سَمَاعِ صِفَتِهِ فِي الضَّخَامَةِ وَالنَّحَافَةِ لِيَعْرِفَ وَزْنَهُ تَخْمِيناً، وَيَعْرِفَ المَحِلَ (ح) بِالصِّفَةِ فِي السَّعَةِ وَالضِّيقِ وَبِالوَزْنِ فَإِنْ ذَكَرَ الوَزْنَ دُونَ الصِّفَةِ أَوْ بِالعَكْسِ فَفِيهِ خِلاَفٌ (و)، وَيُعَرِّفُ تَفَاصِيلَ المَعَالِيقِ، فَإِنْ شَرَطَ المَعَالِيقَ مُطلَقاً فَهُوَ فَاسِدٌ (ح م) عَلَى النَّصِّ لتَفَاوُتِ النَّاسِ فِيهِ، وَالمُسْتَأْجِرُ يُعَرِّفُ لِدَابَّةٍ بِرُؤْيَتِهَا أَوْ بِوَصْفِهَا إِنْ أَوْرَدتَّ الإِجَارَةَ عَلَى العَيْنِ أَهِيَ فَرَسٌ أَمْ بَغْلٌ أم ناقة أَمْ حِمَارٌ، وفِي ذِكْرِ كَيفِيَّةِ السَّيْرِ مِنْ كَوْنِهَا مُهَمْلِجاً أَوْ بَحْراً خِلاَفٌ (و)، وَيُعَرِّفُ تَفْصِيلَ السَّيْرِ والسُّرَى وَمِقْدَارِ المَنَازِلِ وَمَحَلَّ النُّزُولِ أَهُو القُرَى أَو الصَّحْرَاءُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لِلعُرْفِ فِيهِ ضَبطٌ، وَإِنْ كَانَ فالعُرْفُ مُتَّبَعٌ.

قال الرافعي: النوع الثالث: الدواب وتستأجر لأغراض.

منها: الركوب، وفيه مسائل:

إحداهما: يجب أن يعرف المؤجر الراكب، وفي طريق معرفته وجوه.

قيل: الطريق المشاهدة لأن الغرض يتعلق بثقل الراكب، وخفته بالضَّخامة، والنَّحافة، وكثرة الحركات والسكنات، والوصف لا يفي بذلك.

ومنهم من قال: إن كان غائباً وصفه، وذكر وزنه. وقال آخرون: بل بذكر صفته في الضخامة والنحافة ليعرف وزنه تخميناً، وهذا ما ذكره الإمام وصاحب الكتاب.

وأكثر الأصحاب على اعتبار المشاهد لكن إلحاق الوصف التام بهذا أشبه في المعنى؛ لأنه يفيد التخمين كالمشاهدة.

ويجوز أن يعلم قوله: «عرف المؤجر الراكب «بالميم؛ لأن الحكاية عن مالك أنه يجوز فيه الإطلاق لتفاوت أجسام الناس غالباً.

الثانية: إن كان الراكب مجرداً ليس معه ما يركب عليه، فلا حاجة إلى ذكر ما يركب عليه لكن المؤجر يركبه على ما يشاء من سَرْج، أو أكاف زاملة على ما يليق بالدابة[1]، وإن كان يركب على رَحْل أو فوق زَامِلة، أو فوق مَحْمل أو عمارية، وفي

---

(١) في ط العادة.

غير الإبل أراد الركوب على سرج أو أكاف وجب ذكره، وينبغي أن يعرف المؤجر هذه الآلات، فإن شاهدها كفى، وإلاَّ فإن كانت سروجهم ومحاملهم وما في معناها على وزن وتقطيع لا يتفاحش[1] فيه التفاوت كفى الإطلاق، وحمل على معهودهم، وإن لم يكن لهم معهوداً مطرداً، فلا بدّ من ذكر وزن السرج والإكاف والزاملة هذا هو المشهور. وفي «النهاية» أن أحداً من الأصحاب لم يتعرض لاشتراط الوزن في السّرج والإكاف؛ لأنه لا يكثر فيهما التفاوت، وفي المحمل والعمارية ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لا يصح العقد، ولا بدّ من مشاهدتها لأن الغرض يختلف بسعتهما وضيقهما، وذلك لا نضبط بالوصف والثاني قال أبو إسحاق إن كانت المحامل بغدادية خفافاً لتقاربها وإن كانت خراسانية ثقالاً فلا من مشاهدتها.

وأشبههما: وهو المذكور في الكتاب: أنه يكفي فيها الوصف وذكر الوزن، لإفادتهما التخمين كالمشاهدة، ولك أن تحتج له يقوله في «المختصر» فإن ذكر محملاً أو مركباً أو زاملةً بغير رؤية ولا وصفٍ فهو مفسوخ للجهل بذلك، فاعتبر الوصف كالرؤية. وعلى هذا لو ذكر الوزن دون الصفة أو الصفة دون الوزن فوجهان:

أظهرهما: أنه لا يكفي لبقاء الجهل مع سهولة إزالته، وذكر في «التهذيب» أن الزاملة تمتحن باليد ليعرف خفتها وثقلها، بخلاف الراكب لا يمتحن بعد المشاهدة، وينبغي أن يكون المحمل والعمارية في ذلك كالزاملة، ولا بُدَّ في المحمل ونحوه من الوطاء، وهو الذي يفرش فيه ليجلس عليه فينبغي أن يعرف بالرؤية والوصف والغطاء الذي يستظل به، ويتوّقى من المطر وقد يكون وقد لا يكون فيحتاج إلى شرطه، وإذا شرطه فجواب الشيخ أبي حامد وابن الصباغ أنه يكفي فيه الإطلاق؛ لأن التفاوت فيه قريب، ويغطية بجلد أو كساءٍ أو لبُد.

وفي شرح القاضي ابن كج «والتتمة» أنه يعتبر وصفه أو رؤيتة كالوطاء، وهو ظاهر النص. نعم لو كان فيه عرف مطرد كفى الإطلاق كما سبق في المحمل وغيره، وقد يكون للمحل طرف من لبود أو أدم فهو كالغطاء.

وليعلم وقوله في الكتاب «ويعرف المحمل» بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة يجوز فيه الإطلاق ولا حاجة إلى تعريفه.

وقوله: «بالصفة» بالواو للوجه الذاهب إلى اعتبار المشاهدة.

الثالثة: إذا استأجر للركوب، وشرط حمل المُعاليق، وهي السُفرة، والإداوة،

---

(١) في ط يتفاضل.

والقدور، والقمقمة ونحوها، نُظِرَ إن رآها المؤجر أو وصفها وذكر وزنها فذاك.

وإن أطلق قال الشافعي رضي الله عنه: القياسُ أنه فَاسدٌ ومن الناس من يقول: له بقدر ما يراه الناس وسطاً. وفيه طريقان للأصحاب:

أشهرها: أن في المسألة قولين، وما ذكره تمثيل قول منه:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة ومالك أنه يصح العقد، ويحمل الشرط على الوسط المعتاد.

وأصحهما: المنع لاختلاف الناس فيها.

والطريق الثاني: القطع بالقول الثاني، وحمل ما ذكره على نقل مذهب الغير.

وإن قال استأجر للركوب من غير شرط المُعَاليق لم يستحق حملها؛ لأن الناس فيه مختلفون فقد لا يكون للراكب معاليق أصلاً.

وفيه وجه أنه كما لو شرط، وأطلق، وما ذكرناه في السفرة والإِدَوَاة الخاليتين، فإن كان في هذه طعام، وفي تلك ماء، فسيأتي في الباب الثاني إن شاء الله تعالى.

الرابعة: إنْ كانت الإجارة على عين الدابة، فلا بد من تعيينها، وفي اشتراط رؤيتها الخلافُ في شراء الغائب، فإن كانت في الذمة، فلا بد من ذكر جنسها أهي من الإبل، أو الخيل، أو البغال، أو الحمير؟ ومن ذكر نوعها أهي عربية أم نجيبة؟

ومن ذكر الأنوثة والذكورة لاختلاف الغرض، فإن الأنثى أسهل سيراً، والذكر أقوى، وفي المسامحة به بذكر الأنوثة والذكورة وجه.

وهل يجب أن يقول: مهمِلج[1] أوَ بحْر[2] أو قطوف[3]؟ فيه وجهان.

أظهرهما: نعم، لأن معظم الغرض يتعلق بكيفية السير الخامسة: إذا استأجر دابة للركوب فليبينا قدر السير كل يوم[4] فإذا بَيَّناه حملاً على المشروط، فإن زادا في يوم أو نقصاً فلا جبران، بل يسيران بعده على المشروط، وإذا أراد أحدهما المجاوزة عن المشروط، أو النزول دونه لخوف أو غصب لم يكن له ذلك، إلاَّ أن يوافقه صاحبه قاله في «التهذيب»، وكان يجوز أن يجعل الخوف عذراً لمن يختاط ويؤمر الآخر

---

(١) بكسر اللام حسن السير في سرعة.

(٢) الواسع المشي. (٣) بفتح القاف: البطيء السير.

(٤) إن كان قدراً تطيقه الدابة غالباً وهو يختلف باختلاف الطرق سهولة وصعوبة وبالأوقات كزمن وحل أو ثلج أو مطر.

بموافقته[1]. وإن لم يبيِّنا قدر السير، وأطلقا العقد، نُظِرَ إن كان في الطريق منازل مضبوطة صح العقد، وحمل عليها، وإن لم يكن فيه منازل، أو كانت والعادة مختلفة فيها لم يصح العقد حتى يبيِّنا أو يقدِّرا بالزمان هذا ما اشتملت عليه الطرق ووراءه شيئان: **أحدهما**: عن أبي إسحاق أنه قال: إذا اكترى إلى «مكة» في زماننا لم يكن بُد من ذكر المنازل، لأن السير في هذا الزمان شاق لا تطيقه الحمولة فلا يمكن حمل الإطلاق عليه.

والثاني: ذكر القاضي أبو الطيب أنه إذا كان الطريق مخوفاً لم يجز تقدير السير فيه؛ لأنه لا يتعلق بالاختيار.

وتابعه على هذا القاضي الرُّوياني في «التجريد» وقضيته امتناع التقدير بالزمان أيضاً، وحينئذ يتعذَّرُ الاستئجارُ في الطريق الذي ليس له منازل مضبوطة إذا كان مخوفاً، والقول في وقت السير أهو الليل أو النهار؟ وفي موضع النزول في المرحلة أهو نفس القرية أو الصحراء، أو في الطريق الذي يسلكه إذا كان للمقصد طريقان؟ على ما ذكرنا في قدر السير في الحمل على المشروط أو المعهود، وقد يختلف المعهود في فصلي الشتاء والصيف، وحالتي الأمن والخوف، فكل عادة تراعى في وقتها.

وقوله في الكتاب «ويعرف تفصيل السير والسُّري» المراد من السير المسير بالنهار، ومن السُّري المسير بالليل أو المعنى أنه يجب ذكر ذلك، وبيانه إن لم يكن للعرف ضبطاً فيه، وإن كان فيتبع إن أطلقا العقد، أما إذا شرطا خلاف المعهود، فهو المتبع لا المعهود.

قال الغزالي: **وَإِنِ ٱسْتُؤْجِرَ لِلحَمْلِ فَيُعَرَّفُ قَدْرُهُ بِالتَّخْمِينِ إِنْ كَانَ حَاضِراً، فَإِنْ كَانَ غَائِباً فَبِتَحَقُّقِ الوَزْنِ بِخلاَفِ الرَّاكِبِ، وَإِنْ كَانَ فِي الذِّمِة فَلاَ يُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ وَصْفِ الدَّابَّةِ إِلاَّ إِذا كَانَ المَنْقُولُ زُجَاجاً إِذْ يَخْتَلِفُ الغَرَضُ بِصِفَاتِ الدَّابَّةِ، وَإِذَا شَرَطَ مأته مَنٌ مِنَ الحِنْطَةِ بِكَوْنِ الظَّرْفِ وَرَآهُ فَلْيُعَرِّفْ قَدْرَهُ وَوَزْنَهُ إِلاَّ إِذا تَمَاثَلَتِ الغَرَائِرِ بِالعُرْفِ، وإِنْ قَالَ: مِائَةُ مَنٍّ فَهُوَ الظَّرْفِ عَلَى الأَصَحِّ (و).**

قال الرافعي: من الأغراض التي تستأجر لها الدواب الحمل عليها، فينبغي أن يكون المحمول معلوماً؟ فإن كان حاضراً ورآه المؤجر كفى، وإن كان في ظَرْفٍ وجب أن يمتحنه باليد تخميناً لوزنه، فإن لم يكن حاضراً فلا بد من تقديره بالوزن، أو الكيل

---

(١) هذا الذي قاله البغوي ضعيف وينبغي أن يقال: إن غلب على الظن حصول ضرر بسبب الخوف كان عذراً وإلا فلا ولا يتجه غير هذا التفصيل. (ينظر الروضة ٤/٢٧٦)

إن كان مكيلاً، والتقدير بالوزن في كل شيء أولى وأحصر، فَلاَ بُدَّ من ذكر جنسه؛ لأن تأثير الحديد والقطن في الدابة. وإن استويا في القدر[١] فمختلف، فالحديد يَهِدُّ مؤخرة الدابة، والقطن يعمُّها ويتثاقل إذا دخله الريح.

نعم لو قال: أجرتكها لتحمل عليها مائة مما شئت، فأصح الوجهين: أنه يجوز، ويكون رضاً منه بأضر الأشياء، فلا حاجة مع ذلك إلى بيان الجنس وفي «الرقم» أن حذاق المَرَاوِزَةِ قالوا: إذا استأجر دابة للحمل مطلقاً جاز، وجعل راضياً بالأضر، وحاصله الاستغناء بالتقدير عن ذكر الجنس، هذا في التقدير بالوزن.

أما إذا قدر بالكيل، فالمفهوم مما أورده أَبُو الفَرَجِ السَّرخَسِيُّ أنه لا يغني عن ذكر الجنس، وإن قال: عشرة أقفزة مما شئت لاختلاف الأجناس في الثقل مع الاستواء في الكيل، لكن يجوز أن يجعل ذلك رضاً بأثقل الأجناس، كما جعل رضاً بأضر الأجناس، ولو قال: أجرتك لتحمل عليها ما شئت لم يجز، بخلاف ما إذا أجر الأرض ليزرع ما شاء، لأن الدابة لا تطيق كل ما يحمل، وأما ظروف المتاع وحباله، فإن لم تدخل في الوزن، فإن قال: مائة مَنٍّ مِنَ الحِنْطَة، أو كان التقدير بالكيل، فلا بد من معرفتها بالرؤية، أو الوصف إلاَّ أن تكون هناك غرائز متماثلة اطرّد العرف باستعمالها، فيحمل مطلق العقد عليها، وإن دخلت في قدر المتاع بإن قال: مائة مَنٍّ من الحِنْطةِ بظروفها صح العقد لزوال الغَرَرِ بذكر الوزن، هكذا ذكر، لكنا إذا اعتبرنا ذكر الجنس مع الوزن وجب أن يعرف قدر الحِنْطَة وحدها، وقدر الظَّرْف وحده، ولو اقتصر على قوله: مائة مَنٍّ، فأصح الوجهين أن الظرف من المائة.

والثاني: أنه وراءها؛ لأنه السابق إلى الفهم، فعلى هذا يكون الحكم كما لو قال: مائة مَنٍّ مِنَ الحِنْطَة، وتصوير المسألة يتفرع على الاكتفاء بالتقدير، وإهمال ذكر الجنس إما مطلقاً أو إذا قال: مائة مما شئت، هذا حكم المَحْمل على الدَّابة.

أما الدابة الحاملة إذا كانت معينة، فعلى ما ذكرنا في الركوب، فإن كانت الإجارة على الذمة، فلا يشترط معرفة جنس الدابة وصفتها، بخلاف ما في الركوب؛ لأن المقصود تحصيل المتاع في الموضع المنقول إليه، فلا يختلف الغرض بحال الحامل، نعم لو كان المحمول زُجَاجاً أو خَزَفاً، وما أشبهها، فلا بد من معرفة حال الدابة، ولم ينظروا في سائر المحمولات إلى تعلُّق الغرض بكيفية سير الدابة بسرعة، أو بُطْءٍ، وقوة أو ضعف، أو تخلفها عن القافلة على بعض التقديرات، ولو نظروا إليها لم يكن بعيداً، والكلام في المُعَالِيْقِ، وتقدير السير على ما ذكرنا في الاستئجار للركوب.

---

(١) في ب: الدابة.

فرع:

لو استأجره ليحمل هذه الصُبْرة إلى موضع كذا كل مكيلة بدرهم، أو مكيلة منها بدرهم، وما زاد فبحسابه صح العقد، كما لو باع كذلك، بخلاف ما لو قال: أجرتك كل شهر بدرهم؛ لأن جملة الصُبْرَة معلومة محصورة، وليست الأشهر كذلك، ولو قال: لتحمل مكيلة منها بدرهم على أن تحمل كل مكيلة منها بدرهم، أو على أن ما زاد فبحسابه ففيه وجهان عن صاحب «التقريب»:

أشبههما: المنع؛ لأن شرط عقد في عقد.

والثاني: الجواز، والمعنى أن كل قفيز بدرهم، ولو قال: لتحمل هذه الصُبْرَة، وهي عشرة مكاييل كل مكيلة بدرهم، فإن زادت فبحساب ذلك، صح ذلك العقد في العشرة المعلومة دون الزيادة المشكوكة وعلى هذا أَوَّلَ مؤلون قوله في «المختصر»: ولو اكترى حمل مكيلة، وما زاد فبحسابه، فهو في المكيلة جائز، وفي الزيادة فاسد.

ومنهم من حمله على ما إذا قال: لتحمل هذه المكاييل كل واحدة بدرهم، فإن قدم إلى طعام فبحساب ذلك. وعن أبي إسْحَاق في الزيادات على الشرح حمله على ما إذا قال: استأجرتك لتحمل هذه الصُبرة مكيلة منها بكذا، والباقي بحسابه، لكن في هذه الصورة صحة العقد في الجميع؛ لأن الصُبرة معلومة مشاهدة، والأجرة بالتقسيط.

ولو قال: استأجرتك لتحمل من هذه الصَّبْرَة كل مكيلة بدرهم لم يصح على المشهور، وقد مَرَّ في نظيره من البيع أنه يصح في مكيلة واحدة، فيعود هاهنا.

قال الغزالي: **وَإِنْ اُسْتُؤْجِرَ لِلسَّقْيِ فَيُعَرِّفُ قَدْرَ الدِّلاَءِ وَالعَدَدِ وَمَوْضِعَ البِئْرِ وَعُمْقَهُ، وإِنْ كَانَ لِلحِرَاثَةِ فَيُعَرِّفُ بِالمُدَّةِ(و) أَوْ بِتَعْيِينِ الأَرْضِ فَيُعَرِّفُ صَلاَبَتَهَا وَرَخَاوَتَهَا وَعَلَى الجُمْلَةِ مَا يَتَفَاوَتُ بِهِ الغَرَضُ وَلاَيُتَسَامَحُ بِهِ فِي المُعَامَلَةِ يُشْتَرَطُ تعْرِيفُهُ.**

قال الرافعي: ومن الأغراض سقي الأرض بإدارة الدُولاَب أو الاستقاء من البئر بالدَّلو، فإن كانت الإجازة على عَيْن الدابة وجب تعيينها، كما في الركوب والحمل، وإن كانت في الذمة لم يجب بيان الدابة، ومعرفة جنسها.

وعلى التقديرين فينبغي أن يعرف المكري الدولاب والدلو، وموضع البئر، وعمقها بالمشاهدة، أو الوصف أن كان الوصف بضبطها، وتقدر المنفعة إما بالزمان بإن يقول: للسقي بهذا الدلو من هذه البئر اليوم، أو بالعمل بأن بقول: لتسقى خمسين دلواً من هذه البئر بهذه الدلو، ولا يجوز التقدير بالأرض بأن يقول: لتسقى هذا البستان، أو جزءاً منه؛ لأن رَيَّهُ مختلف بحرارة الهواء وبرودته، وكيفية حال الأرض، ولا تنضبط.

ومنها: الحراثة فيجب أن يعرف المكتري الأرض لاختلاف الأراضي في الصَّلابه والرَّخَاوة، ومَقدار المنفعة إما بالزمان بأن يقول: لتحرث هذه الأرض الشهر[1]، أو بالعمل بأن يقول: لتحرث هذه القطعة، أو إلى موضع كذا منها.

وفيه وجه آخر: أن هذه المنفعة لا يجوز تقديرها بالمدة، وبه أجاب الشيخ أَبُو حَامِدٍ في «التعليق» والظاهر الأول.

وأما معرفة الدَّابة، فلا بد منها إن كانت الإجارة إجارة عين، وإن كانت في الذمة، فكذلك إن قدر بالمدة، وجوزناه لأن العمل يختلف بإختلاف حال الدابة، وإن قدر بالأرض المحروثة، فلا حاجة إلى معرفتها. **ومنها**: الدِّيَاس فيعرف المكرى الجنس الذي يُرِيْدُ دِيَاسَته، وتقدر المنفعة بالمدة أو بالزرع الذي يدوسه، والقول في معرفة الدابة على ما ذكرنا في الحراثة، والاستئجار للطحن كالاستئجار للدِّيَاسِ.

وقوله في الكتاب: «في الاستئجار للحراثة فيعرف بالمدة» يجوز إعلامه بالواو.

ثم في قوله: «فيعرف بالمدة أو بتعين الأرض فيعرف صلابتها ورخاوتها» مضايقة من جهة أن ما فيه الخيار هو الضبط بالمدة، والضبط بقدر الأرض المحروثه فأما تعيين الأرض فلا بد منه على التقديرين فكان من حق أن يقول بالمدة بتقدير الأرض وتعتبر أو الأرض الأرض بالإشارة عند المشاهدة، وبالوصف أو في الوصف بالمقصود.

وقوله: «على الجملة. . .» إلى آخره كلام جملي ذكره ليعرف ما يجب تعريفه في الإجارات شامل لما وقع النص عليه، ولغيره والله أعلم.

---

(١) في ط اليوم مثلاً.

البابُ الثَّاني فِي حُكْمِ الإِجَارَةِ الصَّحِيحَةِ، وَفِيهِ فصْلاَنِ

قَالَ الغَزَالِيُّ:

أَمَّا فِي الآدَمِيِّ، فَاسْتِئْجَارُ الخَيَّاطِ لاَ يُوجِبُ عَلَيْهِ الخَيْطَ، بَلْ هُوَ عَلَى المَالِكِ، وَاسْتِئْجَارُ الحَاضِنَةِ عَلَى الحَضَانَةِ، هَلْ يَسْتَتْبِعُ الإِرْضَاعَ؟ وَعَلَى الإِرْضَاعِ، هَلْ يَسْتَتْبِعُ الحَضَانَةَ؟ فِيهِ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ؛ يُفَرِّقُ في الثَّالِثِ، وَيُقَالُ: الإِرْضَاعُ يَسْتَتْبِعُ الحَضَانَةَ؛ كَيْ لاَ يَتَجرَّدَ العَيْنُ مَقْصُوداً بِالإِجَارَةِ، وَالحَضَانَةُ لاَ تَسْتَتْبِعُ الإِرْضَاعَ، فَإِنْ صُرِّحَ بِالْجَمْعِ بَيْنَهُمَا أَوْ قُلْنَا: ذِكْرُ أَحَدِهِمَا كَافٍ فِي الاسْتِتْبَاعِ، فَانْقَطَعَ اللَّبَنُ، فَعَلَىٰ وَجْهٍ؛ يَنْفَسِخُ؛ لِأَنَّهُ المَقْصُودُ، وَعَلَىٰ وَجْهٍ؛ يَسْقُطُ قِسْطٌ مِنَ الأُجْرَةِ؛ لِأَنَّهُ أَحَدُ المَقْصُودَيْنِ وَعَلَى وَجْهٍ؛ يَثْبُتُ الخِيَارُ؛ لِأَنَّهُ تَابِعٌ (و) فَهُوَ كَالعَيْبِ، أَمَّا الحِبْرُ فِي حَقِّ الوَرَّاقِ، وَالصِّبْغُ فِي حَقِّ الصَّبَّاغِ، قِيلَ: إِنَّهُ كَاللَّبَنِ فِي الحَاضِنَةِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ كَالخَيْطِ.

الفَصْلُ الأَوَّلُ: فِي مُوجب الأَلْفَاظِ المُطْلَقَةِ

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَقصُود الباب بيانُ أحكام الإجَارة، إذا صحَّت، وهي مندرجة[1] في فصلَيْن ترجمة أولُهما بموجب الألفاظِ المُطلقة، يعْني ما يقتضي اللفظ دخوله في العقْد، إما بالوَضْع، أو بالعُرْف، وما يلزم إتماماً له إمَّا على المكتري، أو على المُكْرى، ومسائله مذكورة على الأنواع الثلاثةِ المذكورة فِي شَرْط العلمْ بالمنْفَعة: **النوعُ الأوَّل:** استئجار الآدميِّ، وفيه فصلان[2]: إحداهما: الاستئجارُ للحضَانَةِ وَحْدَها، والإرْضَاع وحده، وهما جائزانِ، على ما ذكرناه أن المستحق بالاستئجار للإرضاع ما هو؟

وأما الحضانة، فهي عبارةٌ عن حفْظ الصَّبيِّ، وتعهُّده بغسله وغسل رأسِه، وثيابه وخُرُوقه وتطهيره من النَّجاسات وتدْهينه، وتكْحِيله، وإضْجَاعه في المَهْد، ورَبْطه، وتَحْريكه في المَهْد لينام[3]، وإذا أطلق الاستئجارُ لأحدهما، ولم ينْفِ الآخر، ففي

---

(1) في ب: مدرجة.

(2) في ز: مسألتان.

(3) وهذا مما يحتاج إليه الرضيع لاقتضاء اسم الحضانة عرفاً لذلك، ولحاجة الرضيع إليها، واشتقاقها من الحِضن بكسر الحاء، وهو ما تحت الإبط وما يليه؛ لأن الحاضنة تجعل الولد هناك.

استتباعه الآخَرَ ثَلاثَةُ أوْجُهٍ: **أصحُّهُما**: أن واحداً منهما لا يستتبع الآخر؛ لأنهما منفعتان بجواز إفْراد كلِّ واحدة منهما بالإجَارة، فأشبهتا سائر المنَافع.

والثاني: أنَّ كلَّ واحدٍ منهما يستتبع الآخرَ، لأنه لا تتولاَّهما في العادة إلاَّ امرأةٌ واحدةٌ.

والثالث: ويُحْكَى عن اختيار القاضي الحُسَيْن أنَّ الاستئجار للإرْضاع يستتبع الحضانة، والحضَانَةُ لا تستتبع الإرْضَاع؛ لأنَّه الإجارَة تعْقَد للمنافع دُون الأعْيَان. فلو لم يستتبع الإرْضَاع للحضانة لتجرُّد اللبن مقصوداً، ويجوز أن يُمْنَع تَجَرُّده مقصوداً؛ لما سبق أنَّ المستحقَّ بالاستئجار للإرضاع عينٌ ومنفعة.

فإن قلنا: إنَّ الاستئجار لأحدِهما يَستْتبع الآخر، أو استأجر لهما صريحاً، فانقطع اللبن، ففيه ثلاثةُ أوجهٍ مبنيَّةٍ عَلىٰ ثلاثةِ أوجُهٍ في أن المعقود علَيْه في هذه الإجَارَة ماذا؟ أحدها: أن المَعْقُودَ عَليْه اللَّبن، لأنه أشدُّ مقصوداً، والحضانة تابعةٌ، فعلىٰ هذا يَنْفَسِخ العقْد عنْد انقطاع اللَّبَن. والثاني: أن المعقُودَ عليه الحضانةُ، واللَّبَن تابعٌ؛ لأن الإجارة وُضِعَت للمنافع، والأعيان تقع تابعةً؛ فعلى هذا لا يَنْفَسِخ مَنْ العقْد، لكنْ للمستأجر الخيارُ؛ لأنَّ انقطاع اللَّبَن عيْبٌ كما لو استأجر طاحونةً، فانقطع ماؤها، وأصحُّهما أنَّ المعقود علَيْه وكلاهما لأنَّهما جميعاً مقصودَانِ؛ فعلَىٰ هذا ينفسخ العقْدُ في الإرْضَاع، ويسقط قِسْطُه من الأجرة، وفي الحَضَانة قَوْلاً تفريقِ الصَّفْقة، ولم يفرِقُوا في حكاية الأوْجه أن يصلاح بالجمع بينَهما وبين أن يذكر أحدهما، ويحكم باستتباعه للآخَرِ وحَسنٌ أن يفرِّق، فَيُقَالُ: إذا صَرَّح بالجمع بينهما، قطَعْنا بأنَّهما مقصودَانِ من العَقد، وإذا ذكر أحدهما، فهو المقصودُ، والآخرُ تابعٌ، وعلى المرضِعَة أن تأكل وتشْرَب ما يدرُّ به اللَّبَن، وللمكتري أن يكلِّفها ذلك.

الثانية: إذا استأجر وَرَّاقاً، فعلى مَنِ الحِبْرُ؟ يحصُلُ فيه ما ذكره الأئمَّة ثلاثةُ طُرُقٍ.

أشبهها: أنَّ الرجوع فيه إلى العادة، فإنِ اضطربَتِ العادةُ، وجب البيان وإلاَّ، فيبطل العقد. **وأشهرُهما**: القطْعُ بأنَّه لا يجبُ على الورَّاق؛ لأن الأعيان لا تُستَحَقُّ بالإجارة، وأمْرُ اللَّبَن كان على خلافِ القياس للضَّرورة، فإنَّ إفراده بالبَيْع قبل الحلْب ممتنعٌ، وبعده لا يصلح للطِّفْل.

وثالثها: أنه على الخلاف في أنَّ اللبن، هل يتبع الاستئجار للحَضَانة؟ فإذا أوجَبْناه على الورَّاق[1]، فهو كاللبن في أنَّه لا يجبُ تقْديرُه، وإن صرح باشتراطه عليه، كما لو

---

(١) أي: الناسخ، وفي الصحاح للجوهري أنه الذي يورق ويكتب، أما بيَّاعُ الورق: فيقال له كاغدي. ينظر الصحاح ٤/١٥٦٤.

صرَّح بالإرضاع والحضانة، وإذا لم نوجبْه عليه، فلَوْ أنَّه شرِطَ علَيْه، فسَد العقدُ إنْ لم يكنْ معلوماً، وإن كان معلوماً، ففيه طريقَانِ:

أحدُهُما: وبه قال ابْنُ القاصِّ: يصحُّ العقد؛ لأن المقصود فِعْل الكتابة، والحبر تابع كاللبن.

والثاني: أنه شراءٌ واستئجار، ولَيْسَ الحِبْرُ كاللبن؛ لإمْكان إفراده بالشراء.

وعلَىٰ هذا، فيُنْظر؛ إن قال: اشتريْتُ منْك هذا الحِبْرَ على أن تكتب به كذا، فهو كما لو اشترَى الزَّرْع بشرط أن يحْصُدَه البائع.

ولو قال: اَشْتريْتُ هذا الحِبْر، واستأجرتُكَ؛ لتكتب به كذا بعَشْرةٍ، فهو كما لو قال: اشتريْتُ الزرع، واستأجرتُكَ لتحصُدَه بعشَرَة.

ولو قال: اشتريتُ الحِبْرَ بدرهم، واستأجرتُكَ لتكتب به بعَشَرة، فهو كما لو قال: اشتريتُ الزَّرْع بعَشَرة، واستأجرتُكَ لتحصده بدرهم، وحكم الصور[1] مذكورٌ في البَيْع.

وإذا استأجر الخيَّاط، والصباغ، وملَقِّح النَّخْل، والكحَّال، فالقول في الخيْط، والصبْغ، وطلْع النخل، والذرور[2] كما ذكرنا في الحِبْر، هذا هو المَشْهور.

وفَرَّق الإمام وشيْخه بين الخيط وبين الحِبْر والصبغ قاطعاً بأنَّ الخَيْطَ لا يجبَ على الخَيَّاط، وعَلَىٰ ذلك جرَىٰ صاحب الكتابِ، وأوْرَد في الحِبْر والصبغ الطريقَ الثَّانِي والثالِثَ من الطرق الثلاثة التي أوْرَدْناها.

قوله: فقَدْ قِيلَ: إنَّه كاللَّبَن في حقِّ الحاضنة والثاني قولُه: «وقِيلَ كالخيْط» وكان سَببُ الفرق بين الخيط وبينهما أن العادة الغالبةَ في الخيط خلافُ العادَة الغالبة فيهما.

قَالَ الغَزَالِيُّ: أَمَّا الدُّوْرُ فَعِمَارَةُ الدَّارِ بِإِقَامَةِ مَائِلٍ، أَوْ إِصْلاَحِ مُنْكَسِرٍ عَلَى المُكْرِي، وَإِنِ احْتَاجَ إِلَىٰ تَجْدِيدِ بِنَاءٍ أَوْ جِذْعٍ فَإِنْ فَعَلَ اسْتَمَرَّتِ الإِجَارَةُ، وَإِنْ أَبَىٰ فَلِلْمُكْتَرِي الخِيَارُ، فَإِنْ أَرَادَ إِجْبَارَهُ عَلَى العِمَارَةِ لَمْ يَجُزْ عَلَى الأَظْهَرِ، وَكَذَا إِذَا غَصَبَ الدَّارَ لَمْ يَلْزَمْهُ الانْتِزَاعُ وَإِنْ قَدَرَ وَلَكِنْ لِلْمُكْتَرِي الخِيَارُ، وَيَجِبُ عَلَى المُكْرِي تَسْلِيمُ المِفْتَاحِ، فَإِنْ ضَاعَ فِي يَدِ المُكْتَرِي فَهُوَ أَمَانَةٌ، وَلَيسَ عَلَى المُكْرِي إِبْدَالُهُ، وَلَوْ أَجَّرَ دَاراً لَيْسَ لَهَا بَابٌ وَمِيزَابٌ فَلَيسَ عَلَيْهِ تَجْدِيدُهُ، فَإِنْ جَهِلَهُ المُكْتَرِي فَلَهُ الخِيَارُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: النَّوْع الثَّانِي: استئْجَار العقار، وهو ينقَسِم إلَىٰ: مبنيٍّ؛ كالدَّار،

---

(١) في ز: ذلك.

(٢) ما يذرُّ في العين وعلى الجُرح من دواءٍ يابس، وعلى الطعام من ملح مسحوق وجمعه أذِرة.

والحَمَّام وإلى غيره، وهو الأرَاضِي البِيضُ. أمَّا الأوَّل، ففيه مسألَتَان:

إحداهما: ما تحتاجُ إلَيْه الدار المكراةُ مِنَ العمارات ثلاثةُ أضرب:

أحدهما: مَرَمَّة لا تحتاج[(١)] إلىٰ عين جديدة؛ كإقامة جدار مائل[(٢)] وإصلاح جذع منكسي، وغَلْقٍ تعسر فتحه.

والثاني: يحوج إلى عَيْن جديدةٍ؛ كبناءٍ، وجذع جديد، وتطيين سطح، والحاجة في الضربين لخلل عَرَضَ في دَوَام الإجَارَة.

والثالثُ: عمارة ما يحتاجُ إليها لخللٍ قارن العَقْد، كما إذا أجَّرَ داراً ليس لها بابٌ أو ميزابٌ[(٣)]، ولا يجب شَيْءٌ من هذه الأضْرُب على المكتري، وإنَّما هي من في وظيفة. المكْري، فإن بادر إلى الإصْلاح، فلا خِيَارَ للمكْتَرِي، وإلاَّ، فله الخيارُ إذا انتقضت المنفعة، حتَّى لَو تَوكَّفَ[(٤)] البيْت، لترك التطيين، فعن الأصْحَاب أنَّ للمكتري الخِيَار، فإذا انقطع، بطَل الخيارُ إلاَّ إذَا حدث بسببه نقْصٌ، وإنَّما يثبُت الخيارُ في الضَّرْب الثالث، إذا كان جاهلاً بالحال في ابتداء العَقْد.

وهل يُجْبَرُ المكري على هذه العمارات ذكر صاحبُ الكتابِ والإمامُ ـ رحمهما الله ـ أنه يُجْبَر على الضرب الأوّل، ولا يجبر على الثالث؛ لأنه لم يلزمه من الابتداء، وفي الثاني وجهان، وكذلك ذكر الشيخُ أَبُو الفَرَجِ السَّرْخَسِيُّ إلاَّ أنَّ كَلاَمَه يوهم طرْدَ الوَجْهَيْن في الضَّرْب الثالث.

أَحَدُهما، وبه قال الشَّيْخ أبو محمد، والقاضي حسين: أنه يجبر توفيراً للمنْفَعة.

وأظْهَرُهما، ويُحْكَىٰ عن أبي حَنِيفةَ رضي الله عنه المنع؛ لما فيه من إلزامه تسليمَ عَيْنٍ لم يتناولْها العَقْد، وأُجْرِيَ الوجهان فيما إذا غَصَب الدّار المستأجَرَة، وقَدَر المالِكُ علىٰ الانتزاع، هل يُجْبَر عليه[(٥)]؟ ولا شكَّ أنَّه، إذا كان العَقْدُ عَلىٰ شيءٍ موصوفٍ في الذِّمَّة، ولم ينتزع ما سلَّمه يطلبَ إقامة غيره مُقامه.

وأجاب مجيبُون في الأضْرُب كلِّها بأن المكري لا يُجْبَر عليها، ومنْهم صاحب «التهذيب»، وأبو سعْدٍ المتولِّي.

---

(١) في ز: ما يخرج.
(٢) سقط في: ز.
(٣) الميزاب: المزراب، هو: أنبوبة من الحديد ونحوه، تركب في جانب البيت من أعلاه لينصرف منها ماء المطر المتجمع ينظر: المعجم الوسيط ١/ ٤٠٥ (زرب).
(٤) تَوَكَّفَ البيت، أي: قطر بالماء. ينظر: المعجم الوسيط ٢/ ١٠٦٧ (وكف).
(٥) قال النووي: ينبغي أن يكون الصحيح هنا، وجوب الانتزاع.

ويجوز أن يعلم قولُه: «وإصلاح منكسر عَلَى المُكْرِي لذلك.

وحكى الإمامُ؛ تفريعاً على الطَّريقة التي اقتضاها وجهَيْن في الدّعامة المانعة للانهدام، إذا احتيج إلَيْها أنَّه يعدُّ من الضرب الأول أو الثاني.

ويجبُ على المكري تسليمُ مفْتاح الدار للتمكين مِنَ الانتفاع، بخلافِ ما إذا كانتِ العَادةُ فيه الإقفال؛ حيثُ لا يجبُ تسْلِيم القُفْل؛ لأنَّ الأصْل ألاَّ تدخَل المنقولاتُ في العَقْدِ الواردِ على العَقَّار، والمفتاح جُعِلَ تابعاً للغلق، فإذا سلّمه، فهو أمانةٌ في يد المكتري حتَّى لَوْ ضاع من غَيْر تقصير، لم يلزمْهُ شيءٌ، وإبداله من وظيفة المكْري، وهَلْ يُطَالب به؟ فيه الخلافُ المذكورُ في العِمَارات[1]، فإن لم يبدلْه، فللمكترى الخيارُ. وقوله: «ولَيْسَ على المكْري إبدالُهُ» جواب على أظهر الوجهَيْنِ، فيجوز أنْ يُعْلم بالواو.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَتَطْهِيرُ عَرْصَةِ الدَّارِ عَنِ الْكُنَاسَةِ وَالثَّلْجِ الخَفِيفِ وَالأَتُونِ عَنِ الرَّمَادِ عَلَى المُكْتَرِي، وَتَسْلِيمُ الدَّارِ وَبِئْرِ الحُشِّ وَالبَالُوعَةِ خَالِيَةً عَلَى المُكْرِي، فَإِنِ امْتَلأَ فَفِي وُجُوبِ تَفْرِيغِهِ عَلَى المُكْرِي لِبَقِيَّةِ المُدَّةِ خِلاَفٌ، وَإِذَا مَضَتِ المُدَّةُ عَلَى المُكْتَرِي التَّفْرِيغُ مِنَ الكُنَاسَاتِ وَلاَ يَلْزَمُهُ تَفْرِيغُ البَالُوعَةِ وَالحُشِّ، وَمُسْتَنْقَعُ الحَمَّامِ كالحُشِّ، وَرَمَادُ الأَتُونِ كَالكُنَاسَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المسألةَ الثانيةُ: تطهير الدارِ عَنِ الكناسة والأَتُون[2] عن الرماد. في دَوَام الإجارة على المُكْتَرِي، لأنَّهما حصَلا بفعْله، فإنْ أراد أنْ يَكْمُل له الانتفاعُ، فليرفعهما وكَسْح الثلج عن السطحَ من وظيفة المكْرِي لأنَّه عمارةُ الدارُ، فإن تَرَكَه على السَّطْح[3] وحدثَ به عَيْبٌ، فللمكتري الخِيَارُ[4].

قال الإمامُ: وهلْ يُجْبَر عليه، ويُطَالَب به؟ فيه مَا مَرَّ من الخِلاف في العمارة.

وفيه وَجْهٌ أنَّا لا نوجب عليه الكَسْح وإن أوجبنا العمارة، فإنَّ إيجابها لتعودَ الدار إلى ما كانَتْ، ولَيْسَ الكَسْحُ بهذه المَثَابة.

وأمَّا الثَّلْجُ في عَرْصَة الدار، فإنْ خَفَّ، ولم يمنع الانتفاع، فهو مُلْحَقٌ بكَنْس الدَّار، وإن كثف، فكذلك على الظاهر.

---

(١) صرح الرافعي عقبه بأن الأظهر المنع، فكان ينبغي ذكره لفائدة التصريح بالراجح.
(٢) الأَتُونُ: الموقد الكبير، كموقد الحمّام والجَصّاص وتشدد التاء، ينظر: المعجم الوسيط ١/ ٤.
(٣) سقط في: ز.
(٤) محله كما قال ابن الرفعة في دار لا ينتفع ساكنها بسطحها.

ومنهم من ألحقه بِتَنْقِيَةِ البالوعَة، وفيها خلافٌ يأتي لأنَّه يمنع التردُّد في الدار، وإن أخذنا بظاهِرِ المذهَبَ، فقوله في الكتاب: «عن الثلج الخفيف» ليس مذكوراً للتَّقْييد.

ويَجِبُ على المكْرِي تَسْلِيمُ الدارَ، وبالوعتُها فارغة، وكذا الحُشُّ، ليثبت التمكُّن من الانتفاع، وإن كان مملوءاً، فللمكتري الخيار، وكذا مستَنْقَعُ الحمَّام، وهو الموضِعُ الذي تنصبُّ إليه الغَسَّالة، وإذا امتلأَتِ البالوعةُ، والحُشُّ، ومستنقع الحمام في دوام الإجارة، فوجهان:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة رضي اللَّهُ عنه، واختاره القاضي الرُّويانيُّ أَنَّ التفريغَ على المكري تمْكِيناً من الانتفاع من بقيَّة المرة[١] فإن لم يفْعَلْ، فللمكتري الخيار، وأظهرُهما، وبه أجاب القاضي المَاوَرْديُّ، وابْنُ الصَّبَّاغ، والمتولِّي: أنَّهُ على المكتري لأنَّ الامتلاء حصَل بفعْله، فصار كنقل[٢] الكُنَاسَات، فإنْ تعذَّر الانتفاعُ، فلينقّ، ولا خِيَارَ له. وفيه وجه: أنَّ له الخيارَ، ولا يجبُ على المكتري تنقية البالوعة، والحُشِّ عند انقضاء المُدَّة، ويجبُ عليه التطهيرُ من الكناسات ومستنْقَعُ الحَمَّامِ لا يجب تفريغه؛ كالحُشّ. وذكر الإمامُ، وصاحب الكتاب أن رماد الأَتُونِ كالكُنَاسة، حتى يَجِبَ نقله عند انقضاء المدَّة.

وفي «التهذيب» أنَّه لا يجبُ، ويخالف القِمَامَاتِ [لأن طرحَ الرماد من ضرورة استبقاء المنفعة، وفسروا الكناسة التي يجب على المكتري تطهير الدار عنها][٣] بالقُشُور، وما يسقط من الطعام ونحوه دُون التراب الذي يجتمع بهبوب الرِّياح؛ لأنه حَصَل لا بفعله، لكن قد مَرَّ في ثلج على العَرْصَة؛ أنه لا يجبُ على المُكْتَرِي نقْلُه، بل هو كالكناسات[٤] مع أنه حَصلَ، لا بفعْله، [فيجوز أن يكون التُّرَابُ - أيضاً - كالكناسات في إنهاء الإجارة، وإن حَصَل لا بفعْله[٥]].

فرع:

الدار المكتراةُ للسُّكْنى لا يجوز طرْحُ الرمادِ والترابِ في أصْلِ حِيطانها، ولا ربْطُ الدواب فيها، بخلاف وضع الأمتعة. وفي جواز طرْحِ ما يسرع إليه الفساد في الأطْعمة وجهان: أصحُّهما: الجوازُ؛ لأنه معتاد.

---

(١) في ز: الملك. (٢) في ب: كل.

(٣) سقط في: ب. (٤) في ز: كالنجاسات.

(٥) قال النووي: هذا الاحتمال ضعيف. والصواب: أنه لا يلزم المستأجر نقل التراب كما قاله الأصحاب، وليس المراد بما سبق في ثلج العرصة أنه يلزم المستأجر نقله، بل المراد أنه لا يلزم المؤجر، فكذا هنا لا يلزم واحداً منهما.

قَالَ الغَزَالِيُّ: أَمَّا الأَرَاضِي إِذَا اسْتُؤْجِرَتْ لِلزِّرَاعَةِ وَلَهَا شِرْبٌ مَعْلُومٌ فَالعُرْفُ فِيهِ الاتِّبَاعُ وَإِنْ لَمْ يُذْكَرْ، وَإِنْ كَانَ العُرْفُ مُضْطَرِباً فالأَصَحُّ أَنَّهُ لاَ يَتْبَعُ، وَقِيلَ: إِنَّ لَفْظَ الزِّرَاعَةِ كالشَّرْطِ لِلشرْبِ، وَقِيلَ: يَفْسُدُ لِأَجْلِ هَذَا التَّرَدُّدِ.

قال الرَّافِعِي: القسم الثَّاني: الأراضي البِيضُ، فمنْ مسائله:

قال الغزاليُّ: **إذا استأجر أرضاً للزِّراعة، ولها شِرْبٌ معلومٌ. فإنْ شُرِطَ دخوله في العقد[1]، أو خروجُه، اتُّبِع الشرط، وإلاَّ فإن اطردت العادةُ باتباعه الأرضَ أو انفراده، اتُّبِعت، وإن اضطربت، فكانت الأَرْضُ تُكرَىٰ وَحْدَها تارةً، ومع الشِّرْب تارةً أخرى، ففيه ثلاثةُ أوجه:**

أظهرُها: أنَّه لا يُجْعَل الشِّرْب تابعاً اقتصاراً علىٰ موجِبِ اللفظ، وإنما يزاد عَليْه بعُرْفٍ مُطَّرد.

والثاني: ـ وبه قال أبو حنيفة رضي الله عنه: يجعل تابعاً؛ لأنَّ الزراعةَ مفتقرةٌ إليه فالإجارة للزراعة كشرط الشِّرْب.

والثالث: أنَّ العَقْدَ يبطلُ من أصله؛ لأن تعارضَ المعنيين يوجبُ جهالة المقصُود.

قَالَ الغَزَالِيُّ: فَإِنْ مَضَتِ المُدَّةُ وَالزَّرْعُ بَاقٍ وَإِنَّمَا بَقِيَ لِتَقْصِيرِهِ فِي الزِّرَاعَةِ قُلِعَ مَجَّاناً، وَإِنْ كَانَ لِغَلَبَةِ البَرْدِ لَمْ يَقْلَعْ مَجَّاناً فَإِنَّهُ غَيْرُ مُقَصِّرٍ، وَإِنِ اسْتُؤْجِرَ لِزِرَاعَةِ القَمْحِ شَهْرَيْنِ فَإِنْ شَرَطَ القَلْعَ بَعْدَ المُدَّةِ جَازَ وَكَأَنَّهُ لاَ يَبْغِي إِلاَّ القَصِيلَ، وَإِنْ شَرَطَ الإِبْقَاءَ فَهُوَ فَاسِدٌ لِتَنَاقُضٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ التَّأْقِيتِ، وَإِنْ أَطْلَقَ فَقِيلَ: إِنَّهُ صَحِيحٌ وَيُنَزَّلُ عَلَى القَلْعِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَفْسُدُ إِذِ العَادَةُ تَقْضِي بالإِبْقَاءِ، وَكَذَا إِنْ آجَرَ للبِنَاءِ وَالغِرَاسِ سَنَةً أَوْ سَنَتَيْنِ اتُّبِعَ الشَّرْطُ، فَإِنْ أَطْلَقَ فَهُوَ كَالزَّرْعِ الَّذِي يَبْقَىٰ، وَحَيْثُ صَحَّحْنَا فَفِي جَوَازِ القَلْعِ مَجَّاناً بَعْدَ المُدَّةِ خِلاَفٌ، وَقِيلَ: إِنَّهُ لاَ يَقْلَعُ كَمَا فِي العَارِيَةِ المُؤَقَّتَةِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَقْلَعُ إِذْ فَائِدَةُ التَّأْقِيت فِي العَارِيَةِ طَلَبُ الأُجْرَةِ بَعْدَ المُدَّةِ وَلاَ فَائِدةَ هَاهُنَا إِلاَّ القَلْعُ، فَإِنْ قُلْنَا: لا يَقْلَعُ مَجَّاناً فَهُوَ كَالمُعِير يَتَخَيَّرُ بَيْنَ القَلْعِ بِالأَرْشِ أَوِ الإِبْقَاءِ بأُجْرَة أوِ التَّمَلُّك بِعوضٍ، وَمُبَاشَرَةُ القَلْعِ أَوْ بَذَلُ مُؤْنَتِهِ عَلَى الآجِرِ أو المُسْتَأْجِرْ فِيهِ خِلاَفٌ، فَإِنْ مَنَعَ المُسْتَأْجِرُ مَا عَيَّنَهُ الآجِرُ قِيلَ: إِنَّهُ يَقْلَعُ مَجَّاناً تَفْرِيغاً لِمِلكِهِ، وَالأَقْيَسُ: أَنَّه يُقْلعُ ويَغْرَمُ لَهُ وَلاَ يَبْطُلُ حَقُّهُ بِامْتِنَاعِهِ.

---

(١) في ز: البيع.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في الفصل صورتان:

إحداهما: إذا استأجر أرضاً للزراعة، فانقضتَ المدَّة ولم يدرِك الزَّرعَ، فلا يَخْلُو، إمَّا أن يكونَ الاستئجارُ لزراعةِ زرع معين، أو للزراعةِ مُطْلقاً، أمَّا في الحالة الأولى، فلعدم الإدراك أسباب:

إحداها: التقصير في الزراعة. بأنْ أخَّرها حتى ضاق الوَقْت، أو أبْدل الزَّرْع المعيَّن بما هُوَ أبْطأ إدراكاً أو أكله الجَرَادُ، فزرعه ثانياً، فللمالك إجبارُه علَى قلْعِه، وعلى الزارع تسويةُ الأرْضِ، كالغاصب، هذا لفْظه في «التهذيب»، وقضيَّة إلحاقه بالغَاصِب أن يقلع زرعه قَبْل انقضاء المدَّة أيضاً، لكنَّ صَاحِبَ «التَّتمَّة» وغيرَه صرَّحوا بأنه لا يقْلَعَ قبل انقضاء المدة، لأنَّ الأرضِ في الحال[1] لهُ.

وللمالك منعُه من زراعةِ ما هُوَ أبطأ إدْراكاً في الابتداء، وهلْ له المنْعُ منْ زراعة النَّوعْ المعيَّن إذا ضاق الوقتُ؟ فيه وجهان؛ لأنَّه استحقَّ منفعةَ الأرْضِ في تلْك المدة[2]، وقد يقْصِد القَصِيلَ[3].

والثاني: أن يكونَ تأخُر الإدراك لِحَرٍّ أو بَرْدٍ، فالظَّاهرُ، وهو المذكور في الكتاب أنه لا يجبر على القَلْع، بلْ على المالِك الصَّبْرُ إلى الإدْراك مجَّاناً، أو بأُجْرة المِثْل.

وفيه وَجْهٌ أنَّه يقْلَع مجَّاناً؛ لأنَّه لم يرْضَ بشغْل ملكه فيما وراء المدَّة، ومن هذا القبيل ما إذا أكل الجرادُ رُؤوس الزَّرْع، فنبتت ثانياً، وتأَخُّر الإدراك وكذا التأخُّر لكثرة الأمطار.

والثالث: أن يكون ذلك الزَّرْع، المعيَّن، بحيث لا يدرك في المدَّة كما إذا استأجر لزراعة الحِنْطة شهرَيْن، فإنه شرط القَلْعَ بعْد مضيِّ المدة، جاز، وكأنَّه لا يبغي إلاَّ القَصِيل ثُمَّ لو تراضَيَا على الإبْقَاء مجَّاناً أو بأجْرة المثْل، فلا بأْسَ، وإن شرطا الإبْقاء، فَسَدَ العَقْدُ، للتناقض بينه وبين التوقيت، ولجهالة غاية الإدراك، ويجيء فيه خلاف ستذكره إن شاء الله تعالى، وإذا فسد العقد فللمالك منعه من الزِّراعة، لكنْ لو زَرَع، لم يقلع زرْعه مجَّاناً للإذْن، بل يُؤْخَذُ فِيْه أُجْرة المِثْل لجميع المُدَّة وإن أطلقا العَقْد، ولم يتعرَّضا لقلْعٍ، ولا إبقاءٍ، فوجهان:

---

(١) قال النووي: الصواب ما صرح به المتولي وغيره، وليس مراد البغوي بإلحاقه بالغاصب، القلع قبل المدة.

(٢) في ز: الجهة.

(٣) القصيل: ما أُقتطِعَ من الزرع أخضرَ لعلف الدَّوابّ ينظر: المعجم الوسيط ٤٤٧/٢.
وقال النووي: الأصح أنه ليس له منعه.

أحدهما: وبه قال الشَّيْخ أبو محمَّد: أنَّه فاسدٌ؛ لأنَّ العادةَ في الزَّرْع الإبقاءُ مجاناً، فهو كما لو شرطا الإبقاء.

وأصحُّهما: أنَّ العقد صحيحٌ؛ لأن التأقيت لحصر المعْقُود علَيْه في منفعة تلْك المدَّة، فعلى هذا، إن توافقا بعد المدَّة على إبقائه مجاناً، أو بأجْرَة، فذَاك، وإنْ أراد المالكُ إجبارَهُ على القلْع، فوجهان:

أحدهُما: وبه قال أبو إسحاق: أنَّه يتمكَّنُ منه لانْقضاءِ المدَّة التي تناولها العقْدُ، وهذا ما يوافقُ قولَهُ في الكتاب «وينزل على القلع».

وأشبههما، ويُحْكَى عن اخْتيار القفَّال: أنَّه لا يتمكَّن منه؛ لأنَّ العادة في الزَّرْع الإبْقاء، وعلى هذا فأظْهر الوجهَيْن: أن له أُجْرَةَ المثْل؛ للزيادة.

وفي وجْهٍ: لا؛ لأنَّه إذا أجَّر مدة، لا يدرك فيها الزَّرْع كان معتبراً للزيادة على تلْك المدة. قال أبو الفَرَج السَّرْخَسيُّ: إذا قلْنا: لا يقلع بعْد المدَّة لزم تصحيح العقد فيما إذا شرط الإبقاءَ بعْد المدَّة، وكأنه صرَّح بمُقْتضَى الإطْلاَق، وهذا حسن.

والحالة الثانية: إذا استأجر للزِّراعة مطْلَقاً، وفرَّعنا على أظهر الوجْهَيْن، وهو صحته، فعليه أن يزرع ما يدرك في تلك المدة، فإن زرعه وتأخر إدراكه لتقصير أو لغيره تقصير[1]، فعلى ما ذكرنا في الزَّرْع المعيَّن، فإن أراد أن يَزْرع ما لا يدرك في تلْك المدَّة فللمالِك مَنْعُه، لكن لو زرع، لم يقلع إلى انقضاء المدَّة.

وقال الشَّيْخ أَبُو إِسْحَاقَ الشِّيرازيُّ يُحْتَملَ ألا يُمْنَع من زَرْعِهِ كما لا يَقْلَعُ إذا زَرَعَ.

الصُّورةُ الثَّانيةُ: إذا استأْجَر للبِنَاء، أو الغراس، فإما أن يشترطا القلع بعد المدَّة، أو يشترطا الإبْقَاء، أو يسْكُتَا عنهما، أو يُطْلِقا العقْد، إن شرط القلع، صحَّ العقْد، وَأُمِرَ المستأجر بالقَلْع بعدْ المدَّة، وليْسَ على المالك أَرْشُ النُّقْصان، ولا على المُسْتَأْجر تسوية الأرْضِ، ولا أرْش نقصانها وإن نقصت لتراضيهما بالقلْع، وإن شَرَطا الإبْقَاء بعْد المدَّة، فوجهان:

أَحَدُهُمَا: أنَّ العَقْدَ فاسِدٌ لجهالة المدة، وهذا أرجحُ في إيراد جَمَاعةٍ، منهم الإمامُ وصاحبُ «التهذيب».

والثاني: يصحُّ؛ لأنَّ الإطلاق يقتضي الإبْقَاء على ما سيأتي، فلا يضرُّ شرطه، وهذا ما أجاب به العراقيُّون كُلُّهُمْ، أو معظمهم[2] ويتأيَّد به كلام السَّرْخَسِيِّ في «مسألة الزرع».

---

(١) سقط في: ز.

(٢) في ز: وبعضهم.

وإذا قلْنا بالفساد، فعلى المُسْتأْجر أجرةُ المِثْل للمدَّة، وفيما بعد المدَّة، الحكم على ما سنذكره فيما إذا أطْلَقا العقد، وإنْ أطْلَقَا العقْد، وسكتا عن شرْط القَلْع، والإبْقاء، فلفظ صاحب الكتاب[1] حيث قال: «فإن أطْلق، فهو كالزرع الذي[2] يبقى ظاهر الإشعار بأنَّ صحَّة العقْد على وجهَيْن، كما إذا أُطْلِق الاستئجارُ لزراعة ما لا يُدْرَك في المدة، وإيراد الجمهورِ يُشير إلى القَطْع بالصحَّة، والصحيح الصِّحة؛ إذ لا اختلاف[3] فيها، ثم يُنْظَر بعد المدَّة، فإن أمكن القَلْع والرفْع منْ غَيْر نقصان [الأرض] فعل، وإلا، فإن اختار المستأجِر القَلْعُ فله ذلك؛ لأنَّه ملكه، وإذا قلع، فهل عليه تسْوية الحَفْر وأرْشُ نقصان الأرضْ؟ فيه وجهان، حكاهما القاضي ابنُ كج، وغيره، وهما كالوجهَيْن فيما إذا رغب المستعير في القلْع عنْد رجوع المعير، وهل عليه التسوية؟ الأصحُّ المنصوصُ الوجوبُ؛ لتصرُّفه في أرض الغير بالقَلْع بعْد خروجها منْ يده، وتصرُّفه بغير إذْن المالك، وعلى هذا، فلو[4] قلع قبل انقضاء المدَّة، فيلزمُه التَّسْوية؛ لأنَّ المالك لم يأذَنْ، أوْ لا يلزمه لبقاء الأرْضِ في يده وتصرُّفه؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: الأولُ.

وإن يختر[5] المستأجر القلْعَ، فهل للمؤجِّر أن يقلعه مجَّاناً؟ فيه وجهان[6]، نقلهما الإمامُ وصاحبُ الكتاب كما في صورة الزَّرْع:

أحدُهُما، وبه قال أبو حنيفة والمُزَنيُّ رضي الله عنهما أنَّ له ذلك؛ لأنَّ مدة استحقاق المَنْفعة قد انْقضَتْ.

وأصحُّهما: وقطع به قاطعون: أنَّهُ لا يقلع مجَّاناً؛ لأنَّه بناءٌ محترمٌ، لم يَشْتَرِطْ قلْعَه، وهذا كما ذكرْنا في العاريَّة المؤقَّتة، فإنَّ ظاهر المذْهَب فيها أن بناء المستعيرِ لا يقْلع بعد المدَّة مجاناً.

ومن قال بالأوَّل فَرَق بأن فائدة التأقيت في الإعارة طلب الإجرة بعد المدَّة، وهاهنا الأُجْرَةُ لازمةٌ في المدَّة، فلا فائدة إلى القَلْع ولناصر الأصح أن يمنع قوله الفائدة في الإعارة طلبُ الأجْرَة بعد المدَّة، وأن الفائدة هاهنا القلْعُ لجواز أن يكُون الغرض في الصورتَيْن المَنْعَ من إحداث الغراسِ، والبناء بعد المدَّة، وأن يكونَ الغَرَضُ هاهنا العدول إلى أجرة المثْل بعْد المدَّة، وإن قلْنا: لا يقلع مجَّاناً، فالكلام في أنَّ المالِكَ

(١) في ز: بلفظ الكتاب.
(٢) في ز: التي.
(٣) في د خلاف.
(٤) في ز: فإن.
(٥) في ز: يحسن.
(٦) عبارة النووي: فيه طريقان.

يتخيَّر بين أن يقْلَع ويُغَرِّم[1] أرْشَ النقصان مع نُقْصَان الثِّمار، إن كانت على الأشْجَارِ ثمارٌ، أو يتملَّكه عليه بالقيمة، أو يبقيه بأُجْرةٍ يأْخُذُها أو لا يتخيَّر إلا بين الخصلتين الأولين من الخصال الثلاثة على ما ذكرنا فيما إذا رَجَع المعير[2] عن العارية فإذا ٱنتهى الأمرُ إلى القَلْع فمباشرة القلع، أو بدل مؤنته على المُؤجِّر أو المستأجر، فيه[3] وجهان مستنْبَطَان منْ كلام الأصْحَاب:

أحدُهُما: على المؤجِّر؛ لأنَّه الذي اختاره.

وأصحُّهما: على المُسْتَأْجر؛ لأنه الذي شغل الأرْض فليفرغْها، وإذا عيَّن المؤجِر خصلة، فٱمتنع المستأجرُ، ففي إجباره ما ذكَرْناه في إجْبَار المُسْتَعير، فإنْ أُجْبِرَ كلِّفَ تفريغ الأرْضِ مجَّاناً، وإلاَّ، لم يكلَّف، بل هو كَمَا لو ٱمتنع المؤجِّر من الاختيار وحينئذ، يبيع الحاكمُ الأرْضَ وما فيها، أو يعوِّض عنها، فيه خلافٌ قد مَرَّ، ويخرَّج من ذلك عند الاحتصاد في التفريغ مجَّاناً وجْهان كما ذكرنا في الكتاب.

أحدهُما: يكلَّف ذلك، ليرُدَّ الأرض كما أخذ، وهذا ما أجاب به في كتاب العارِيَّة.

وأقيسهما: المنعْ ولا يبْطُل حقُّه من العوض بٱقْتناعه، كما أنَّ من منع المضْطَرَّ طعامه يُؤْخَذُ منه قهْراً، ويسلَّم إليه العِوَضُ، والإجارةُ الفاسدةُ لِلغراسَ والبناءِ كالصحيحة في تخيير المالك، ومنع القلع مجَّاناً.

وقوله في الكتاب: «وكذا إن آجر للغراس والبناء سنةً أو سنتَيْنِ، اتُّبَعَ الشَّرْط أراد به أنه إذا آجَرَ بشرط القلْع يَتْبَع الشَّرْط، وكذلك، إن آجَرَ بشَرْط الإبقاء، إذا أوجَبْنا بأنَّ العَقْدَ لا يفسُد بهذا الشَّرْط، وذلك بين[4] من سياق الكَلاَم، والتَّمْثيل بالسنتين مبني على جواز الإجارة أكْثَرَ من سَنَة.

وقوله: «وإن أطلق فهو كالزرع الذي يبقى»، أي: كالإجَارَة لزرْع ما لا يُدْرَكُ في المدَّة التي عيَّنَّاها، فإنَّ العادة التبقية إلى الإدْراك.

وقوله: «لا يقلع كما في العاريَّة» مُعْلَم بالحاء والزاي.

وقوله: «يتخير بين القلع...» إلى آخره بالميم؛ لأن الحكاية عَنْ مالك رضي الله عنه أن [صاحب الأرض][5] بالخيار بيْن أنْ يقْلَع منْ غَيْر ضمانِ النُّقْصَان، وبين[6] أن

---

(١) في ز: ويعدم.
(٢) في ز: المعين.
(٣) في ز: منه.
(٤) في ز. وتلك هي.
(٥) في د: المالك.
(٦) في ز: وهي.

يتملَّك بالقيمة، وبين أن تبقى الأشجارَ عَلَىٰ أن تكون الثِّمارُ بينهما.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلَوِ ٱسْتَأْجَرَ أَرْضاً لِلذُّرَةِ فَلَهُ زَرْعُ القَمْحِ، وَلَوِ ٱسْتَأْجَرَ لِلْقَمْحِ لَمْ يَجُزْ زَرْعُ الذُّرَةِ وَلَهُ الشَّعِيرُ، وَكَذَا إِذَا ٱسْتَأْجَرَ دُكَّاناً لِصَنْعَةٍ فَلاَ يُبَاشِرُ مَا ضَرَرُهُ فَوْقَهَا، وَيَفْعَلُ مَا ضَرَرُهُ دُونَهُ، فَلَوِ ٱسْتَأْجَرَ لِلْقَمْحِ فَزَرَعَ الذُّرَةَ فَلِلأَجِيرِ القَلْعُ فِي الحَالِ، فَإِنْ لَمْ يَقْلَعْ حَتَّىٰ مَضَتِ المُدَّةُ يُخَيَّرُ بَيْنَ أُجْرَةِ المِثْلِ وَبَيْنَ أَخْذِ المُسَمَّىٰ وَأَرْشِ نَقْصِ الأَرْضِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَتَعَيَّنَ أَجْرُ المِثْلِ وَهَلْ يَتَعَيَّنُ المُسَمَّىٰ وَأَرْشُ النَّقْصِ وَالنَّصُّ هُوَ الأَوَّلُ؟ وَلَوْ عَدَلَ مِنَ الزَّرْعِ إِلَى الغَرْسِ يَتَعَيَّنُ أَجْرُ المِثْلِ إِذْ تَغَيَّرَ الجِنْسُ، وَلَوْ عَدَلَ مِنْ خَمْسِينَ مَنّاً إِلَى مَائَةٍ فِي الحَمْلِ تَعَيَّنَ المُسَمَّىٰ وَطَلَبَ الزِّيَادَةَ لِأَنَّهُ ٱسْتَوْفَى المَعْقُودَ عَلَيْهِ وَزَادَ.

قال الرَّافِعِيُّ: إذا ٱستأجر أرضاً لزراعة جِنْسٍ مُعَيَّنٍ جاز له أن يزرعه، وما ضرَرُه مثل ضرره، أو دون ذلك، ولا يزرع ما ضرَرُه فوقه، وضررُ الحِنطة فوْقَ ضَرَرِ الشعير، وكلُّ واحدٍ من الذُّرَة والأُرزْ أشدُّ ضَرَراً من الحِنْطة.

أَمَّا الذُّرة، فلأنَّ لها عُروقاً غليظةً تنتشرُ في الأرض ويستوفي قوَّته.

وأمَّا الأرزُ؛ فلأنَّه يحتاجُ إلى السَّقْي الدَّائم، وأنه يذْهَب بقوة الأرض.

وعن البُوَيْطيِّ، أنه لا يجوزُ العُدُول إلى غير الزرعِ المعيَّن، فمن الأصحاب من قال: إنَّه قولُ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ رواية ومنْهُمْ من قال: رأى رآه، ووجْهُ ظاهرِ المذْهَبِ أنَّ المعقود علَيْه منفعةُ الأرْضِ، والمزْرُوعُ طريقٌ في ٱلِٱستيفاء، فلا يتعيَّن، كما أنه إذا كان له حقٌّ على غيره يتخير بيْن أنْ يستَوفِيَه بنَفْسِه، أو بغَيْره، هذا في تعيين الجنْس، أو النَّوْع.

أما إذا عيَّن الشَّخْص كما إذا قال: أجرتكها؛ لتزرع هذه الحنطة، فعن ابن القطان أن صحَّة العقْد علىٰ وجهَيْن:

أحدُهُمَا: المنْعُ؛ لأنَّ تلْكَ الحِنْطَة قدْ تتلَفَ، فيتعذَّر الزَّرْعُ.

والثاني: وهو اختيارُ القاضي ابن كج: أَنَّهُ كتعيين الجِنْس، ولا تتعذر الزراعة بتَلَفِ تلْك الحنْطة[1]، والأوَّل هو الذي أجاب به في «التهذيب» إلاَّ أَنَّهُ صوَّرهما فيما إذا قال: نزرع هذه الحنْطَةَ دُون غَيْرِها، فصرَّح بنفْي زراعة الغير.

ولو قال: نزْرَع الحنْطة، ولا نزْرَع غَيْرِها، ففيه ثلاثةُ أوْجُهٍ:

---

(١) قال النووي الأصح: الصحة، لأنه لا يتعذر بتلف الحنطة ولو تعذر لم يكن احتمال التلف مانعاً، كالإستئجار لإرضاع هذا الصبي، والحمل على هذه الدابة.

أحدُها: أنَّه يَفسُد العَقْدَ؛ لأنَّ الشَّرْط، إذَا لم يكُنْ مِنْ قضايا العقْدِ، ولا مِنْ مصالِحِهِ يَفسد، والإجارةُ تَفسُد بالشُّروط الفاسدَةِ كالبيع، وذكَرَ القاضي ابْنُ كج والرويَانيُّ[١] أنَّه المذْهَبُ. **والثَّاني**: واختاره الإمامُ: أنه يَصحُّ العقْدُ، ويفسُد الشَّرط؛ لأنه شرط لا يتعلَّق به غرَضٌ، فأشبه ما إذا قال: آجَرْتُكَ على ألاَّ تلْبَسَ إلا الحرير.

والثالث: أنَّهُ يصحُّ العقْد والشرط؛ لأنَّ المستأْجِر يملك المنْفَعَة من جهة المؤجِّر، فيملك بحَسب التمْليك[٢].

وعلىٰ هذا قياسُ اَستبقاء سائر المنافع، فإذا استأْجَر دابَّةً للركُوب في طريقٍ، لم يركبها في طريق أحزن منه[٣] ويركبها في مثل ذلك الطريق، وفيما هو أسهلُ منْه.

وإذا استأْجرَ لحَمْلِ الحديدِ، لم يحمل القطْن، وكذا بالعكْسِ، وإذا استأْجرُ دُكَّاناً، لصنعة، فله أن يباشِرَها، وما دُونَها في الضَّرر دُون ما فَوْقها. إذا تقرَّر ذلك، فلو تعدَّى المُسْتَأْجِر لزراعةِ الحِنْطة، فزرع الذُّرَة، ولم يتخاصَما حتَّى انقضتِ المدةُ، وحصد الذُّرَة، فالنصُّ في «المختصر» أنَّ المالِكَ بالخيار بين أن يأخذ المسمَّى، وبدل النقصان الزائد على زراعة الحنطة، وزراعة الذُّرَة، وبين أن يأْخذ أُجْرَةَ المِثْل، لزراعة الذرة.

ثم قال المُزَنِيُّ: يُشْبِه أن يكون الأول أَوْلَى. واختلَفَ الأصْحَابُ علَىٰ طريقتين:

أشهرُهُما: أنَّه المسألة على قولَيْن، وفي كيفيتهما طريقان: أظهرها، وبه قال أبو إسحاق: أنَّ أحدَ القولَيْنِ وجوبُ أجْرة المِثْل؛ لأنه عَدَل عن المستحقِّ إلَىٰ غيره، فأشْبَهَ ما إذا زرَعَ أرْضاً أُخْرَىٰ.

والثاني: وهو اختيار [القاضي الروياني][٤] أن الواجبَ المسمَّى، وبدل النقصان الزائد بسبب الذُّرَة، كما لو استأْجَرَ الدابَّة للركوب إلَىٰ موضع، فجاوز ذلك الموضعَ.

والطريق الثاني، وبه قال ابن القطان: أنَّ أحد[٥] القولَيْنِ في وجوب المسمَّىٰ وبدل نقصان الذرة.

والثاني: التخيير كما نصَّ عليه[٦]؛ لأنَّ للمسألة شبهاً بزراعة الغاصِبِ من حيث إنَّه زرع ما لم يستحقَّه، وموجِبُها أُجْرَةُ المِثْل، وشبيهاً بما إذا استأجر، دابَّةً إلَىٰ موضع،

---

(١) سقط في: ز.

(٢) قال النووي: الأول أقوى.

(٣) في د: أحسن.

(٤) في ب: المزني.

(٥) سقط في: ز.

(٦) قال النووي: وهل يصير ضامناً للأرض غاصباً؟ وجهان حكاهما الشاسي في «المستظهري» أصحهما: لا.

وجاوَزه من حيْثُ إِنَّهُ استوفى المستحقَّ، وزاد في الضَّرر، وموجبها المسمَّىٰ وبذل المال[١] لما زاد، فخيَّرْناه بيْنَهما.

وأيْضاً، فإنَّ المكْري استحق أجرة الذّرَة، والمكتري استحقَّ منفعة زراعة الحِنْطَة، وقد فاتتْ بمضيِّ المدَّة، فإما أن يأخُذَ المكْرِي ما يستِحقُّ، ويردُّ ما أخذ، وإمَّا أن يتقاصَّيا، ويأخُذَ الزيادة، وذكر الذاهِبُون إلَىٰ هذه الطريقة للقولَيْن هكذا فأخَذَين:

أحدهما: قرنوهما من القولَيْن فيما إذا الصَّرَّف الغاصِبُ في الدَّراهم المغْصُوبة ورَبِح، فعلىٰ أحدهما: يأخُذ المالك مثْلَ دراهمه.

وعلى الثاني: يتخيَّر بينه وبَيْن أنْ يأخُذَ الحَاصِلَ بربحه.

والثَّاني: قال الشيخ أبو محمَّد في «السِّلْسِلَة»: قولُ الرجُوع إلى أُجْرة المثل مبني على أن البائع إذا أتلف المبيعَ قَبْل القبْض ينفسخ البيع، ويقدر كأن العقد لم يكُنْ، والتخْييرُ مبنيٌّ على أن البيع لا ينْفَسخ، بل يتخيَّر المشتري بيْن أن يفسَخ، ويستردَّ الثَّمَنَ، وبين أن يتخيَّر، ويرْجِع على البائع بالقيمة، هذا البناءُ لَيْسَ بواضح؛ لأن المُكْرِيَ هو الذي يَقَع في رتبة البائع، وَلَمْ يوجدْ منه إتلافٌ، وإنَّما المُكْتَرِيَ فَوَّت المنفعةَ المستحَقَّةَ على نفْسِه، فكان ذلك بإتلاف المشتَرِي أشْبَهُ.

والطريق الثاني في أصْل المسألة: القطْعُ بالتَّخْيير، وهو أوفق لظاهر النَّصِّ، وبه قال أبو عليٍّ الطبريُّ، والقاضي أبو حامدٍ وكذا ابنُ سُرَيْج فيما حكاه القاضي ابن كج، ونقل الشيخُ أبو حامد، ومن تابعه ذهابَ ابن سُرَيْج إلى الأوَّل [مَنَ] طريقَي القولَيْن، ونسب ذلك إلى المُزَنيِّ أيضاً، لأنه قال بعد، ذكر التَّخْيير «يشبه أن يكون الأول أولَى»، فأشعر بأن طرفَي التخيير قولان، ولكن من قال بالطريق الثاني والثالث تراجع أولى، فقال: أراد أولى وجهَي الخيار لا أوْلَى [وجهيَ] القولَيْن، وحينئذٍ، فلا يكون مثبتاً قولَيْن، والله أعلم، إذا تَخاصما بعْد انقضاء المدَّة وحصاد الذُّرَة.

أما إذا تخاصَمَا في ابتداء قصْده زراعةَ الذُّرة، مَنَعْنَاهُ مِنها، وإنْ تخاصَما بعْد الزِّرَاعة وقبل الحصادِ، فله قلْعُها، وإذا قلَع[٢] فإن تمكَّن من زراعة الحِنْطَة، زرَعَها، وإلاّ لم يَزْرَع، وعليه الأجرةُ لجميع المدَّة؛ لأنه المفوِّت لمقصود العقْد على نفْسِه، ثم إن لم تمضِ مدَّة تتأثر[٣] بها الأرض، فذاك، وإن مضَتْ، فلمستَحَقُّ أجرة المِثْل؟ أمْ قسْطُها من المسمَّىٰ، وزيادة النقصان؟ أم يتخيَّر بينهما؟ فيه ما تقدَّم من الطرق، وهي جاريةٌ فيما إذا استأجر داراً؛ ليسْكُنها، فأسكنها الحدَّادينَ أو القصَّارِين، أو دابَّةً؛ ليحمل

(١) في ز: المثل.
(٢) في ز: قلعها.
(٣) في ز: سائر.

عليها قطْناً، فحمل عليها بقَدْرِهِ حديداً، أو غرفة؛ ليطْرَح فيها مائة رطل[١] من الحنطة، فأبدَلَها بالحديد، وكذلك في كلِّ صورة لا يتميزُ فيها المستحَقُّ عما زاد، فإن تميَّز كما إذا استأجر دابةً؛ ليحمل خمسين مَنّاً، فحمل مائةً[٢] أو إلى مَوْضِع، فجاوَزَه، فالواجبُ المسمَّىٰ وأجرةُ المثل لما زاد.

ولو عدل من الجنْسِ المشْرُوط إلَىٰ غيره، كما إذا استأْجَر للزَّرْع، فغرس، أو بنىٰ، فالواجب أجرةُ المِثْل. ومِنْهُم من طرد الخِلاَفَ[٣] فيه. وقوله في الكتاب: «يخيّر بيْنَ أُجْرة المثل» إلى آخره حاصلُ ما يخرج في المسألة من الأقوال أو الأوْجُه، وفي نظمه إشعارٌ بترجيح التخْيير من ثلاثتها؛ علَىٰ ما ذكره كثيرُونَ.

وقوله: «وبيْن أخذ المسمَّىٰ وأَرْش نقص الأرْض» فيه مُبَاحَثة، وهي أنَّ هذا اللفظ يسبقُ إلى الفهم منه [أو ما] ينقص من قيمة الأرْضِ» ويقرُب منه قولُهُ في «المختصر»[٤]: وربُّ الأرض بالخيار، إن شاء اختار الكراءَ، أو ما نَقَصت الأرض مما[٥] ينقصها زرع القمح. ومنهم من يقولُ بدَلَ هذه اللَّفْظَة: إنَّهُ يأْخُذُ المسمَّىٰ وأُجْرةَ المِثْل لِمَا زاد، فهما عبارتان عن معبّر واحدٍ، أم كيف الحال؟

والجواب إنه جَعْلَ نقصان القيمة والأجْرَة وهذا يعتد بل[٦] شيئاً واحداً بَعيدٌ بل[٧] لكلِّ زراعةٍ أجرةٌ، ولا يَكاد تنقصُ قيمة الأرض بها، وإنِ اشتدَّ ضرَرُها، والذي يتَّجه أخْذُه مع المسمَّىٰ بدل المنفعة التي استوفاها فوق المستحقِّ، وبدل المنفعة الأجْرَة، فليحمل لفظ «نقص الأرض» على الضَّرَرِ الذي لحقها بما استوفَاهُ المنفعة، وأرْشُه جزءٌ من أجرة ما استوفاه، وهو يفارق ما بينها وبَيْن أُجْرة المنفعة المستحَقَّة، وحقَّقه بعض الشارحين لـ«المُخْتَصَر» فقال: كأن أجرةَ مثلها للحنطة خمسون، وللذُّرة سبعون، والمَسَمَّى أربعون يأخذ الأربعين، ويفاوت ما بين الآخَرين، وهو عشرون.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **أَمَّا فِي الدَّوَابِّ فَيَجِبُ عَلَىٰ مُكْرِي الدَّابَّة تَسْلِيمُ الْإِكَافِ، وَالحِزَامِ، وَالثَّفَرِ وَالبُرَةِ وَالخِطَامِ، وَفِي حَقِّ الفَرَسِ فِي السَّرْجِ خِلاَفٌ، وَالمَحْمِلِ وَالْمِظَلَّةُ وَالغِطَاءُ وَمَا يُشَدُّ بِهِ أَحَدُ المَحْمِلَيْنِ إِلَى الآخَرِ فَعَلَى المُكْتَرِي، وَالْوِعَاءُ الَّذِي فِيهِ نَقْلُ المَحْمُولِ**

---

(١) سقط في: ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) قال النووي إذا حصد المستأجر ما أذن فيه بعد المدة، لزمه قلع ما يبقى في الأرض من قصب الزرع وعروقه؛ لأنه عين ماله يلزمه إزالته عن ملك غيره. وممن صرح به، صاحب «البيان».

(٤) ينظر مختصر المزني مع الحاوي الكبير ٧/ ٤٦٢.

(٥) في ز: كما.

(٦) في ز: وهذا يعتد بل.

(٧) في ز: الرقبة.

عَلَى المُكْتَرِي، إِنْ وَرَدَتِ الإِجَارَةُ عَلَى عَيْنِ الدَّابَّةِ، وَإِنْ وَرَدَ عَلَى الذِّمَّةِ فَعَلى المُكْرِي، فَالدَّلْوُ وَالرِّشَاءُ فِي الاسْتِقَاءِ كَالوِعَاءِ، وَيَجِبُ تَقْدِيرُ الطَّعَامِ المَحْمُولِ، فَلَوْ فَنِيَ فَالأَظْهَرُ أَنَّ لَهُ إِبْدَالَهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: النوعُ الثالثُ: استئجار الدوابِّ، وفي الفصل منه ثلاثُ صُوَرٍ:

إحداهما: إذا اكترىٰ للركوب أطلق صاحب الكتاب، وأكثرهم أنَّ عَلَى المُكْرِي الإكافَ والبرذَعَةَ[١] والحِزَام[٢] والبرة والثفر[٣]، والخِطَام[٤]؛ لأنه لا يتمكَّن منَ الرُّكُوب دونها والعرف مطَّرِدٌ بكونها من قبل المُكْرِي.

وفي السَّرْجِ إذا اكترى الفَرَس، ذكروا وجهَيْن أظهرهُما[٥] لزومُه؛ كالإكاف.

وثانيها: المنعُ؛ لاضطراب العرف فيه، وأجاب القاضِي ابنُ كجٍّ بوجهٍ ثالثٍ، وهو اتِّباع العادة فيه[٦].

وقال أبو الحسن العَبَّادِيُّ في «الرَّقْم»: مكري الدَّابَّة لا يلزمه إلا تسليمُها عَارِيةً، والآلات كلُّها على المكْتَرِي. وفي «التهذيب» ما هو كالتوسُّط في هذه الآلاَتِ، فأطلق اللزوم فيما عدا السَّرْج، والإكاف، والبرْذَعَة، وفصل في ثالثها بين أنْ تكون الإجارةُ علَىٰ عيْنِ الدابَّةَ، فهي على المُكْتَرِي، ويضمن، لو ركبَ بغير سرْج وإكاف، وإنْ كانتْ في الذِّمَة، فهي على المكْرِي؛ لأنها للتَّمْكين من الانتفاع، وأمَّا ما هو للتَّسْهِيل على الراكب كالمَحْمل، والمظلَّة، والوطاء والغطاء[٧]، والحبل الذي يُشَدُّ به المَحْمِل على الجمل، والذي يشد به أحد المحملين إلى الآخر[٨]، فهو على المكَري، والعَرْفُ مطرِد به، وفي «المهذب» حكايةَ وجهيْن في الذي يُشَدُّ به أحدهما إلى الآخر وهذا بعيد مع

---

(١) البرذعة: ما يوضع على الحمار أو البغل، ليُرْكَبَ عليه، كالسرج للفرس جمعها: براذع ينظر المعجم الوسيط ٤٨/١.

(٢) بكسر الحاء ما يشد به الإكاف.

(٣) بمثلثة وفاء مفتوحة، ما يجعل تحت ذنب الدابة، سمى بذلك لمجاورته ثفر الدابة بسكون الفاء وهو حياؤها.

(٤) بكسر الخاء المعجمة: خيط يشد في البرة، ثم يشد في طرف المقود بكسر الميم؛ لأن التمكين واجب عليه، ولا يحصل بدون ذلك، والعرف مطرد به.

(٥) في ب: أحدهما.

(٦) قال النووي: صحح الرافعي في المحرر اتباع العادة.

(٧) بكسر أولهما ممدودين، والأول ما يغرس في المحمل، والثاني ما يغطي به.

(٨) عبارة الروضة ٢٩١/٤ وفي المهذب وجه في الحبل الذي يشد به أحدهما إلى الآخر أنه على المستأجر، وهو شاذ بعيد مع القطع بأن المحمل وسائر توابعه على المستأجر.

القطع في نفس المَحْمِل، وسائر توابعه المذكورة بأنها على المكتري، ولكن الأقْوَم ما في «تعليق» الشَّيخ أبي حامد وغيره، وهو رَدُّ الوجهَيْن إلى أنه شدّ أحدهما إلى الآخَرِ عَلىٰ مَنْ؟ ففي وجْهٍ هو على المُكْتَرِي كالشَّدّ على الحمل، وفي الثاني على المكري؛ لأنَّهُ إصلاحُ ملْكه[1]، وجميع ما ذكرناه فِيمَا إذا أطلقا العقْدَ.

أمَّا إذا قال: أكريتك هذه الدابَّة العاديَةَ بلا إكاف، ولا حِزَامٍ، ولا غيرهما، لم يَلْزمْهُ شيءٌ من الآلات.

الثانية: إذا اكْتَرىٰ للحَمْلِ، فالوعاء الذي يَنْتَقِل فيه المحْمُول عَلَى المكْتَرِي، إن وردَتِ الإجارَةُ علَىٰ عيْنِ الدابَّةُ، وعلى المكْرِي، إن وردت على الذِّمَّة، ووَجْه ذلك بأنَّها، إذا وردَتْ على العين، فليس علَيْه إلاَّ تسليمُ الدابَّة بالإكافِ، وما في معناه، وإذا كانتْ الذِّمَّة، فقد الْتزمَ النقْل، فليهيء أسبابه، والعادة مؤيدة له، ويدلُوُ والرِّشَاء في الأكثر للاستقاء؛ كالوعاء في الحَمْل. فيلزم المكري إنْ كانت الإجارة في الذمَّة.

وعن القاضي الحُسَيْن، أنه إن كان الرجُلُ معروفاً بالاستقاء بالآلات نفْسِه، لزمه الإتيان بها، وهذا يجب طرْدُه في الوعاء، ورأى الإمام في إجازة الذِّمَّة الفَرْقَ بين أن يلتزم العوض[2] مطْلقاً، ولا يتعرض للدابَّة، فتكون الآلاتُ عَلَيه، وبين أن يتعرَّض لها بالوصْف، فحينئذ يتبع العادة، فإن اضطربت العادَةُ احتمل واحتمل؛ لأنَّ التعرُّض للدابة يُشْعِر بالاعتماد على الإتْيان بها، وإذا رأينا اتباع العادة، فاضطربت العادة، فهل يُشْترط التقييد[3] لصحَّة العقد؟

أشار إلَىٰ خلافٍ فيه، والظاهرُ اشتراطه، ومؤنة الدليلِ والسائقِ، والبذرقة، وحفْظُ المتاع في المَنْزِل كالوعاء.

الثالثة: الطعامُ المحمُول، ليؤكلَ في الطريق كسَائِر المحمُولاَت في أنَّهُ لا بُدَّ من رؤْيَتِه، أو تقديره بالوَزْن. وعن ابن القَطَّان وغيرِه وجْهٌ أنَّهُ لا حاجة إلى تقديره، بل يُرَدّ الأمر فيه إلى العَادَةَ، ولا حاجة إلى تقْدير ما يُؤْكَل [منه] كلَّ يوم لصحَّة العقْد.

وفيه وجه أيضاً، وإذا قدرَّه وحَمَلَه، فإن شرط أنَّهُ يبدله كلما انتقَصَ، أو لا يبدّلهُ، اتَّبِع الشرْط، وإلا، فإنْ فَنِيَ بعضه أو كله بسرقة، أو تلف، فله الإبدال؛ كسائر المحمولات، وإن فَنِيَ بالأكل فإن فني الكلُّ، فكذلك.

وحَكَىٰ الإمامُ وجْهاً أنه لا يبْدل، فإنَّ المكتري إنما يحمله لِيُؤْكَل، لأن المكتري

---

(١) قال النووي: أصحهما: الأول وممن صححه صاحب البيان.

(٢) في ب: الغرض.

(٣) في د: التعيين.

يشتري في كلِّ مرحلة][1] قدْر الحاجة، والمذْهَب الأوَّل، فإن فَنِيَ بعضُه، فقَوْلان، ويُقَالُ: وجهان:

أصحُهما، وبه قال أبو حَنِيفَة رضي الله عنه واختاره المُزَنِيُّ: أنَّهُ يبدله كسائر المحْمُولات، إذا باعها أو تَلِفَتْ.

والثاني: المَنْعُ؛ لأنَّ العادة فِي الطَّعام أنَّه لا يبدل كلَّ قدر [يؤكل][2]، وإنما يبدل عنْد نفاذه، وموضِعُ القولَيْن على ما ذكره أبُو إسحاق إذا كان يجد الطَّعامِ في المنازل المستقبلية بسِعْر المنزل الذي هو فيه، أمَّا إذا لم يجدْه أو وجَده بسِعْرٍ أرفعَ، فله الإبدالُ لا محالة وهذا ما أجاب به الإمامَ والشيخ أبو إسحاق في «التنبيه» وإذا فرَّعنا على أنَّه لا حاجة إلى تقدير الزاد، وحمل ما يعتاد لمثله، لم يبدله حتى يفْنى الكل.

وفيه وجْهٌ ضعيفٌ. ولا يخفَىٰ مما ذكرناه أنَّهُ يَجوزُ إعلام قَوله: «فيَجِبَ على مكري الدَّابَّة تسليمُ الإكاف» بالواو، وكذا إعلامَ قوله: «يجب تقدير الطعام المحمول».

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَيَجِبُ عَلَى المُكْرِي إعَانَةُ الرَّاكِبِ لِلنُّزُولِ وَالرُّكُوبِ فِي المُهِمَّاتِ المُتَكَرِّرَةِ، وَكَذَا الإِعَانَةُ عَلَى رَفْعِ الحَمْلِ وَحَطِّهِ، وَكَذَا في المَحْمِلِ إلاَّ إِذَا وَرَدَتِ الإِجَارَةُ عَلَى عَيْنِ الدَّابَّةِ وَسُلِّمَ إِلى يَدِ المُكْتَرِي.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا اكترَىٰ للركوب في الذِّمة، وجب على المكْرِي الخروجُ مع الدَّابَّة؛ ليسوقَّها ويتعهَّدَها، وإعانة الراكب في الركوب، والنزول ويراعى العادةَ في كيفيَّة الإعانة، فينيخ البعير للمَرْأَة؛ لأنَّه يصْعُب عليها الركوب والنزول في حال قيامِ البعير، ويخاف عليها التكشُّف، وكذلك لوْ كان الرَّجُلُ ضعيفاً بمرضٍ، أو شيخوخةٍ، أو كان مفْرط السِّمَن، أو نصف الخلق، ينيخ له البعير، ويقرب البغْل والحمار من نشز[3]، ليسهل الركوب[4] والاعتبارُ في القوَّة والضَّعْف بحال الرُّكُوب لا بحال العقْد، فإن اكترىٰ للحمل في الذِّمَّة، فعَلَى المكْري رفع الحمل وحَطُّه، وشدُّ المَحْمِل، وحلُّه، وفي شدِّ أحد المَحْمِلَيْن إلى الآخر، وهما بَعْدُ على الأرض، ما سبق من الوجهَيْن.

ويقف الدابة؛ لينزل الراكب لما لا يتهيأ عليها؛ كقضاء الحاجةِ والوُضُوءِ وصلاة الفَرْض، وإذا نزل، انتظره المكْرِي؛ ليفرغ منها، ولا يلْزَمُه المبالغةُ في التخْفِيف، ولا

---

(١) في د: يشترى إذا باعها في كل مرحلة. (٢) في ب: يؤخذ.
(٣) أي: مرتفع، ينظر: المعجم الوسيط ٢/٩٥٩.
(٤) لأنه التزم النقل والتبليغ ولا يتم إلا بهذه الأمور ولا يلزمه إناخة البعير لقويٍّ كما صرح به الماوردي، فإن كان على البعير ما يتعلق به لركوبه تعلق به، وركب، وإلا شبك الحمال بين أصابعه ليرقى عليها، ويركب.

القصرُ ولا الجَمْعُ، وليس له الإبْطَاءُ والتَّطْويلُ.

قال القاضي الرُّويَانِيُّ في «البحر»[1]: وله النزولَ في أوَّل الوقْت، لينال فضله، ولا يقفُ للنوافل، والأكل، والشرب لتأتيها على الراحلة.

وإن ورد العقْد على دابَّة بعينها، فالذي يجبُ على المكْرِي النخليةُ بينها وبيْن المكتَرِي، وليس عليه أن يُعينَهُ في الركوب، ولا في الحَمْل، هذا ما يوجد للأكْثَرِين في نَوْعَي الإجَارةِ، وحَكَى الإمامُ وراءه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنَّهُ يفرق في إجارة الذمَّة بيْن أن يقولَ عَلَيَّ التبليغُ، فيقول: ألزمت ذمتك تبلُيغي إلىٰ موضع كذا، ويقع ذكر الدَّابَّة تبعاً، فيلزمه الإعانةُ، وهي أن يَقُول: عَلَيَّ الدَّابةُ، فيقول: ألزمت ذمتك منفعةَ دابَّةٍ صنعتُها كذا فلا يجب.

والثاني: أنَّهُ يجبُ الإعانةُ علَى الركوب في إجارة العَيْن أيضاً.

والثالثُ: أنَّها تجب للحمل سواءٌ كانت الإجارةُ على الذمَّة، أو على العَيْن؛ لاطراد العادة بالإعَانَة على الحطِّ، والحَمْل، وإن اضطربتْ في الركوب، وهذا ما اختاره صاحبُ الكتاب في «الوسيط» ورفع المَحْمِل وحطُّه كالحمل.

فروع:

أحدُهما: قال الشافعيُ ـ رضي الله عنه ـ: إذا اختلَفَا في الرحلة رحل لا مكبوباً ولا مستلقياً واختلَفُوا في تفْسِيره؛ فعن أبي إسْحَاق أن المكبوب أن يجعل مقدّم المحمل، أو الزاملة أوْسَعَ من المؤَخّر، والمستلْقي عكسه وقيل: المكبوب بأن يضيق المقدَّم، والمؤخَّر جميعاً، والمُسْتَلْقي أن يوسعهما جميعاً، وعلى التفسيرَيْن؛ المكبوب أسهل على الدَّابة، والمستلْقي أسهلُ على الراكب، وإذا اختلفا فيهما حُمِلا على الوسط المعتدل، وكذلك إذا اختلفا في كيفيَّة الجلوس.

وليس للمكري منْعُ الراكب من النَّوْم في وقْته المعتاد، ويمنعه في غير ذلك الوقْت؛ لأن النائم يثقل، قاله القاضي ابن كجٍّ.

وثانيهما: قد يعتاد النُّزُول والمشْيَ عند الرَّواح، فإن شرطا أن يَنْزِل أوْ لاَ ينزل اتُّبِعَ الشَّرْط، قال الإمام: ويعرض في شَرْط النُّزُول إشكالٌ؛ لتقطع المسافة، ويقع في كراء العقب، لكنَّ الأصحاب احتملُوه بناءً على التساهل، وإن أطلقا، لم يجِبِ النزول عَلى المَرْأة، والمريض، وفي الرَّجُل القويِّ وجهان؛ لتعارض اللفظ، والعادة، وكذا

(١) في د: التجربة.

حكْمُ النزول على العقبات الصعْبَة[١].

وثالثها: إذا اكترَىٰ دابَّةً إلى بلدة، فبلغ عمرانها، فللمكري استردادُ الدابَّة، ولا يلزمُه تبليغُه دارَهُ[٢] ولو اكترَىٰ إلى «مكة» لم يكنْ له الحجُّ علَيْها، وإن اكتراها للحجِّ عليها، رَكِبَها إلى «منىً ثمَّ إلى عرفاتٍ ثم إلى «مُزْدَلِفَةَ»، ثم إلى «منى»، ثم إلى «مَكَّة» للطواف، وهل يركبها من «مكة» عائداً إلى «منىً» للرمْي والطواف؟ فيه وجهان[٣].

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَمَهْمَا تَلِفَتِ الدَّابَّةُ المُعَيَّنَةُ انْفَسَخَتْ، وَإِنْ أَوْرِدَ عَلَى الذِّمَّةِ فَسُلِّمَ دَابَّةً فَتَلَفِتْ لَمْ يَنْفَسِخْ، وَكَذَا إِنْ وَجَدَ بِهَا عَيباً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا اكترَىٰ دابَّةً بعينها، فتِلفَتْ، انفسخَ العقْد، وإن وَجَدَ بها عَيْباً، فله الخيارُ، كما لو وجِدَ المبيعَ مَعِيباً، والعَيْبُ بأن تَتَعَثَّرَ في المشي أو لا تبصر بالليل، أو يكون بها عَرَجٌ تتخلف بها عن القافِلَة، ومجرد خشونة المشي لَيْسَ بعَيْب، وإن كانتِ الإجارةُ في الذمَّة، وسلم دابةً، فتلفتْ، لم ينْفَسِخ العقْدُ، وإن وجد بها عَيْباً، لم يكنْ له الخيارُ في فسْخ العقْد، ولكن على المكري الإبدالُ، كما لو وجد بالمُسَلَّم فيه عيباً، واعلم أن الدابة المسلمةَ عن الإجارة في الذمَّةِ، وإن لم ينفسخ العقْدُ بتلفها، فإنَّه يثبتُ للمكتري فيها حقٌّ واختصاصٍ؛ حتَى يجوز له إجارَتُها، ولو أراد المكْرِي إبدالَهَا، فهل له ذلك دون رضا المكتري فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لما فيها من حقِّ المكترى.

والثاني: عن الشَّيخ أبي محمَّد: أنه يُفَرِّق بين أنه يعتمد باللفظ الدَّابة بأنْ يقول: آجَرْتُكَ دابَّةً من صفتها كذا وكذا، فلا يجُوزُ [إِبْدالُهَا بالذي تَسَلَّمها][٤] أوْ لا يعتمد بأن يقول: ألزمت إركابَك علَىٰ دابَّة صفتُها كذا وكذا، فيجوز الإِبْدَال، واختار في «الوسيط»

---

(١) قال النووي: قال أصحابنا: وفي معنى المرأة والمريض، الشيخ العاجز وينبغي أن يلحق بهم من كانت له وجاهة ظاهرة، وشهرة يخل بمروءته في العادة المشي ثم الكلام مفروض في طريق يعتاد النزول فيه لإراحة الدابة. فإن لم تكن معتادة لم يجب مطلقاً، ولم نصحح شيئاً من الوجهين في الرجل القوي. وينبغي أن يكون الأصح وجوب النزول عند العقبات، دون الإراحة.

(٢) فصل الماوردي فقال: إن كان البلد واسعاً متباعد الأقطار لم يجز أن يركبها إلى منزله، وإن كان صغيراً متقارب الأقطار، جاز قال في الخادم: ينبغي أن يكون محل هذا إذا لم يكن للبلد سور وراءه عمارة، فإن كان وقلنا: لا يشترط مجاوزتها في ابتداء القصر فالظاهر أنه يجب البلوغ إلى القول؛ لأنه مته ابتداء مسمى البلد.

(٣) قال النووي: ينبغي أن يكون أصحهما استحقاقه ذلك لأن الحج لم يفرغ، وإن كان قد تحلل ومن مسائل هذا النوع لو طلب أحد المتكاريين مفارقة القافلة بالتقدم أو التأخر لم يكن له إلا برضى صاحبه.

(٤) في د: إبدال التي سلمها.

هذا الوجه الثاني لكنَّ الأصحَّ عند المعْظَم الأوَّلُ. ويترتَّب على الوجهَيْن ما إذا أفلس المكْرِي بعد تعْيِين دابَّةٍ عن إجارة الذِّمَّة، هل يتقدَّم المكتري بمَنْفَعَتِها؟ وقد ذكَرْنا ذلك في «التفْلِيس» والأصَحُّ التقديمُ، وهو الذي ذكره في «التهذيب» ولو أراد المكْتَرِي أن يعتاضَ عنْ حقِّه في إجارة الذمَّة إن كان قبل أن يتسلَّم دابةً، لم يَجز لأنَّه اعتاضَ عن المسلَّم فيه، وإنْ كان بعد التسليم، جاز؛ لأنَّ الاعتياض، والحالة هذه، واقعُ عن حق في عين، هكذا ذكره الأئمة، وفيه دليلٌ علىٰ أن القبض يفيد تعلُّق حقِّ المكتري بالعَيْن، فيَمْتنِع الإبدالُ دون رضاه.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَيجُوزُ إِبْدَالُ المُسْتَوْفِي فَلَهُ أَنْ يُرْكِبَ (ح ز) مِثْلَ نَفْسِهِ، بَلْ لَهُ أَنْ يُؤَاجِرَ الدَّابَّةَ وَالدَّارَ مِنْ غَيْرِهِ، وَلاَ يَجُوزُ إِبْدَالُ الأَجِيرِ المُعَيَّنِ وَالدَّابَّةِ وَالدَّارِ، وَفِي إِبْدَالِ الثَّوْبِ الَّذِي عُيِّنَ لِلْخِيَاطَةِ وَالصَّبِيِّ الَّذِي عُيِّنَ لِلرَّضَاعِ وَالتَّعْلِيمِ وَجْهَانِ.

قال الرَّافِعِيُّ: هذا الفصْلُ لاَ يَختصُّ بنوْع إجارةِ الدَّوَابِّ؛ وإنَّما هو قولٌ جملي في إبدال متعلِّقات الإجارة، والمنفعةُ المطْلُوبةُ بالعَقْدُ لها مستوفٍ، ومستوفىً منه، ومستوفًى به. فأما المستوفِي، فهو المستَحِقُّ للاستيفاء، فله أن يُبْدِل نفسه بغيره، كما يجوز له أن يؤجر ما استأجره من غيره، فإذا استأجر دابَّةً للركوب، فله أن يركبها مثل نفسه في الطُّول، والقِصَر، والضَّخَامَة والنَّحَافَة، ومَنْ هو أخف منه وكذلك يلبس الثوب من هو في مثْل حاله، ويسكن الدار مثْلَه دون القَصَّار والحدَّاد؛ لزيادة الضرر وكذا إذا استأجر دابة لِحَمْل القطْن، له حَمْل الصوف، والوبر، أو لحمل الحديد، له حمْلُ الرَّصَاص، والنُّحَاس، وإذا استأجر للحَمْل، فأراد إركاب من لا يزيدُ وزنُهُ على وزن القَدْر المحمول؟ قال في «التتمة»: يرجع إلَىٰ أهل الصنعة، فإن قالوا: لا يتفاوَتُ الضرَرُ، جاز، وإن قالوا: يتفاوَتُ، فلا يجوز. وكذا لو استأجر للركوب، فأراد الحمل، فالظاهر المنْعُ من الطرفين، وهو قضية ما في «التهذيب» وقوله في الكتاب: «فلَهُ أنْ يرْكِب مثل نفسه» يجوز أن يَعْلَم بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة لا يجوز إبدالُ الراكب، واللابس، وسلَّم أنه لو أكْرَىٰ داراً؛ ليسْكُنَها، جاز له أن يُسْكِنَها غيره، وبالزاي؛ لأن القاضي ابن كج حكَىٰ عن المزنيِّ منْعَ إبدال الراكب، وأما المستوفَىٰ منه، فنحو الدار، والدَّابة المعيَّنة[1]، والأجيْر المعتَبَر[2]، لا يجوزُ إبداله كما لا يجوزُ إبدالُ المَبيع[3].

---

(١) هو قيد في الدابة، لأن الدار لا تكون إلا معينة، ولو كان قيداً فيها لوجب التشبيه.

(٢) في الروضة: الأجير المعين.

(٣) ولهذا تنفسخ الإجارة بتلفه، ويرد بالعيب، ويستثنى من جواز الابدال إذا لم تكن معينة ما إذا أسلم دابة عما في الذمة فإنها لا تبدل بغير رضاه في الأصح.

للإرضاع،

وداً] عليه،
فُ جارٍ في
الانفساخ،

إلى الباب

خ العقْد.

لَةِ (و) وَلاَ

، واللّحف
؛ للعادة،

ا ما أورده

قَيْلُولة في
يلزم نزعُه
العادة فيها
لاتزار بما

دون ضَرَر

قال في «التتمة»: وإذا استأجر للارْتدَاء، لم يجزْ الاتزار، ويجوز التعمُّم[١].

قَالَ الغَزَالِيُّ: الفَصْلُ الثَّانِي فِي الضَّمَان وَيَدُ المُسْتَأْجِرِ في مُدَّةِ الانْتِفَاعِ يَدُ أَمَانَةٍ، وَكَذَا بَعْدَ مُضِيِّ المُدَّةِ عَلَى الأَصَحِّ، وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ بَعْدَ المُدَّةِ كَالمُسْتَعِيرِ، وَقَبْلَ الانْتِفَاعِ لَوْ رَبَطَ الدَّابَّةَ وَلَمْ يَنْتَفِعْ اسْتَقَرَّتِ الأُجْرَةُ، فَإِنْ تَلِفَتْ فَلاَ ضَمَانَ إِلاَّ إِذَا انْهَدَمَ الإِصْطَبْلُ عَلَيْهِ ضَمِنَ لِأَنَّهُ لَوْ رَكِبَ لَأَمِنَ مِنْ هَذَا السَّبَبِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصودُ الفَصْلَ الثاني بيانُ حكْم الإِجارة فيما يرْجِع إلى الأمانة، والضَّمَان، والمَال في الإجارة تارةً يكون في يد المستأجر وأخرىٰ في يَد الأجير على العمل. أما المستأجر، ففيه مسألتان:

إحداهما: يده على الدابّة، والدارِ المستأجرتَيْن، ونحوِهما في مدّة الإجارة يدُ أمانةٍ، حتى لا يضْمَن التَّالف منهما[٢] من غَيْر تعدٍّ وتقصير؛ لأنه مستحقٌّ للمنفعة، ولا يمكن استيفاؤها إلاَّ بإثبات اليدِ على العَيْن، فكانت أمانةً عنْده؛ كالنخلة التي اشْتَرَىٰ ثمرتها، ولا يُشْبِه ما إذا اشترَىٰ سَمْناً وقَبَضَه في بستوقه[٣]؛ حيث تكون البستوقة مَضمونةً في يده على أصحِّ الوجهَيْن؛ لأنه أخذها لمنفعة نفسه، ولا ضرورةَ لقَبْض السمن فيها.

وهل يضمَنُ ما يتلف في يده بعْد مُضِيِّ المدة؟ ينبني على أنَّهُ هلْ على المستأجر الردُّ ومؤنَته، وفيه وجهان.

أصحُّهما على ما ذكره في الكتاب، وبه قال أبو حنيفةَ أنَّهُ لا يلزَمُه الرَّدُّ، ولا مؤنَتُه، وإنَّما عليه التخليةُ بينه وبيْن المالِكِ، إذا طلب؛ لأنَّه أمانةٌ فلا يجبُ ردُّه قبل الطلَب؛ كالوديعة، وَأَمْرَ بُهُما إِلَىٰ كلامِ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ وبه قال مالكٌ،

---

(١) قال النووي: هذا الذي ذكره الإمام الرافعي في النوم في الثوب، هو الذي أطلقه الجمهور، إلا قوله: هل يجوز النوم في وقت القيلولة؟ فإن الأكثرين قالوا: يجوز النوم فيه بالنهار من غير تقييد بالقيلولة، ولكن ضبطه الصيمري فقال: إن نام ساعة أو ساعتين، جاز، لأنه متعارف. وإن نام أكثر النهار، لم يجز. قالوا: إذا استأجر للبس مطلقاً، فله لبسه ليلاً ونهاراً إذا كان مستيقظاً قطعاً. ولو استأجر للبس ثلاثة أيام، ولم يذكر الليالي، فالصحيح دخول الليالي. وقيل: لا تدخل، حكياه في «العدة» و«البيان».
وإذا استأجر يوماً كاملاً، فوقته من طلوع الفجر إلى غروب الشمس. وإن قال: يوماً، وأطلق، قال الصيمري: كان من وقته إلى مثله من الغد. وإن استأجر نهار يوم، قال في «البيان»: فيه وجهان حكاهما الصيمري. أحدهما: من طلوع الفجر إلى غروب الشمس. والثاني: من طلوع الشمس إلى غروبها.

(٢) في ب: منها. (٣) في ب: بسوقه.

واختاره الإصطخريُّ أنه يلزمه الردُّ ومؤنتُهُ، وإن لم يطلب المالك لأنه غير مأذون فيه في الإمساك بعْد المدَّة، ولأنه أخَذَه لمنفعة نفْسِه، فأشْبَهَ المُسْتَعِير[١].

وعن القاضي أبي الطَّيِّب أنه لو شرَطَ المؤجر عَليْه الردَّ، لزمه ذلك بلا خلافٍ، ومنعه ابنُ الصَّبَّاغ، وقال: من لا يوجِبُ الردَّ عليه، ينبغي ألاَّ يجوز شرطه، فإن قلنا: لا يلزمُ الردُّ، فلا ضمانَ عليه، وإن قلْنا: يلزمه، ضَمِنَ مَا تَلِف في يده، إلاَّ أنه يكون الإمْسَاكُ بعذر[٢].

ويترتَّب على الوجهين أنه، هل يضمن أجرة المنافع التي تَتْلَف في يده بعْد مدَّة الإجارة؟ فإن ألزمناه الردَّ، ضمناه، وإلاَّ، فَلا[٣].

وفي «الزيادات» للشيخ أبي عاصم العَبَّادِيِّ فرْعَان يتعلَّقان بهذا الخلاف:

أحدهما: غصبت الدَّابة المستأجرة مع دوابِّ سائر الرُّفْقة، فذهب بعضُهم في الطلبْ، ولم يذهَبِ المستأجر، إنْ قلنا: لا يلزمُه الردُّ، فلا ضمان عليه.

وإن قلنا: يلزمُ، فإن استرد من ذهب من غيْر مشقَّةٍ [ولا غرامةٍ، ضمن المستأجر المتخلِّف، وإن لحقهم مشَقَّة، أو غرامةٌ] لم يضمن.

الثاني: إذا استأجر قِدْراً مدَّةً؛ ليطبخ، فيها ثم حملها بعد المدة ليردَّها، فسقط الحمار، وانكسرتِ القدْرُ، قال: وإن كان لا يستقل بحمله، فلا ضمان، وإن كان يستقل، فعليه الضمان.

أما إذا ألزمناه مؤنة الردِّ، فظاهر، وأمَّا إذا لم يلزمْه؛ فَلأَنَّ العادَةَ أنَّ القِدْرَ لا يرد بالحمار مع استقلال المُسْتأجر أو حمال بها.

الثانية: الدابَّةُ المستأجرة للحَمْل، أو الركوب، لو ربَطَها المستأْجر، ولم ينتفع بها في المدة، فالقولُ في استقرار الأجْرة علَيْه سيأتي منْ بَعْدُ إن شاء الله تعالى ولا ضمانَ

---

(١) علل الخطيب في شرح منهاج الإمام النووي رحمه الله قول الضمان بعد مضي المدة بقوله استصحاباً لما كان، كالمودع فلا يلزمه ردها بالتخلية بينها وبين المالك، كالوديعة ونقل عن السبكي رحمه الله قوله: إنها بعد المدة أمانة شرعية كثوب أتلفه الريح بداره، فإن تلفت عقب انقضاء المدة قبل التمكن من الرد على المالك أو إعلامه فلا ضمان جزماً، أما إذا استعملها فإنه يضمنها قطعاً.

(٢) قال النووي: صحيح الرافعي في «المحرر» أنه لا ضمان.

(٣) قال النووي: وفي فتاوى الغزالي، القطع بأن الإجارة إذا انفسخت بسبب، لا يلزم المستأجر ضمان المنافع التالفة عنده، لأنه أمين، وهذا محمول على ما إذا علم المالك بأنها انفسخت، وإلا، فيجب أن يعلمه. وإذا لم يُعلمه، كان مقصراً ضامناً.

عليه لو ماتتِ الدابَّة في الإصطبل، ولو انهدم عليها، فهلكت، نُظِرَ؛ إن كان المعهُود في مثل ذلك الوقْت، أن تكونَ الدَّابَّةُ تَحْتَ السَّقْف كجنح الليل في الشتاء، فلا ضمانَ، وإنْ كان المعهودِ في ذلك الوَقْتِ، لو خرج بها أن يكون في الطريق، وجب الضَّمَان؛ لأنَّ التَّلَفَ، والحالة هذه، جاء من ربْطِها في الإصْطَبل، وقوله في الكتاب: «وقبل الانتفاع لو ربط الدابة ولم ينتفع» الجمعُ بيْن اللفظَيْنِ موحسن؛ لأن الثاني ينفي الانتفاع.

وقوله: «قبل الانتفاع» يقتضي أن يكونَ الانتفاعُ حصولاً، وأيضاً، فإنَّ كونَهُ غيْر منتفع قبل الانتفاع أوضحُ من أن يُذْكَر، فلا حَاجَةَ إلَىٰ قوله: «ولَمْ ينتفعْ» ولو اقتصر على قوله: «ولو ربط الدابة ولم ينتفع» لأفاد المطلوب.

قَالَ الغَزَالِيُّ: أَمَّا يَدُ الأَجِيرِ عَلَى الثَّوْبِ الَّذِي يُرَادُ خِيَاطَتُهُ أَوْ صَبْغُهُ أَوْ قِصَارَتُهُ أَوْ عَلَى الدَّابَّةِ لِرِيَاضَتِهَا وَأَمْثَالِهِ فَهِيَ (ح) يَدُ أَمَانَةٍ عَلَى الأَصَحِّ (و) كَيَدِ المُسْتَأْجِرِ، وَفِيهِ قَوْلٌ آخَرُ أَنَّهُ يَدُ ضَمَانٍ (ح)، وَقَوْلٌ ثَالِثٌ: أَنَّ يَدَ الأَجِيرِ المُشْتَرَكِ يَدُ ضَمَانٍ بِخِلاَفِ الأَجِيرِ المُعَيَّنِ لِلعَمَلِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المالُ في يد الأجير كالثَّوبُ إذا استؤجر؛ لخياطته، أو صبغه، أو قصارته، والعَبْد إذا استُؤجِرَ، لتعليمه، أو لرضاعه والدَّابةِ إذا استؤجرت، لرياضتها، إذا تلف، لم يخْلُ، إمَّا أن يكون الأجِيرُ منفرداً باليد، أو لا يكون:

الحالَةُ الأُولَىٰ: إذا كان منفرداً باليد، فهو إما أجيرٌ مشترَكٌ، أو منفردٌ، والمشترك هو الذي يتقبَّل العمل في ذِمَّته، كما هو دأب الخيَّاطين والصوَّاغين، فإذا التزم لواحدٍ أمكنه أن يلتزم لغيره مثْلَ ذلك العَمَل؛ فكأنَّه مشتركٌ بين الناس، والمنفردُ هو الذي يمكنه أجْرُ نفسه مدَّةً مقدَّرةً لعمل، فلا يمكنه تقبُّل مثل ذلك العمل لغيره في تلْك المدَّة، وقيل: المشتركُ هو الذي شاركه في الرأي، فقال: اعمل في أيِّ موضع شئت، والمنفردُ هو الذي عيَّن عليه العمل فهو صِنعه.

أما المشتَرَكُ، فَهَلْ يضمن ما تَلِف في يده منْ غير تقصير وتعدٍّ؟ فيه طريقان:

أصحُهما: أن فيه قولَيْن:

أحدهما: يضمن، وبه قال مالكٌ؛ لأنَّه أخذ لمنفعة نفسه، فأشبه المستعير، والمستام، وأيْضاً، فقدْ رُوِي عن عُمَرَ وعَلِيٍّ[1] ـ رضي الله عنهما ـ تضمينُهُ، صيانةً لأموال الناس عن الخيانة المحرمة.

---

(١) قال الحافظ في التلخيص: حديث عمرو علي في تضمين الأجير، أما عمر: فأخرجه عبد الرزاق بسند منقطع عنه: أن عمر ضمن الصباغ، وأما علي: فروى البيهقي من طريق الشافعي عن علي بسند ضعيف، قال الشافعي: هذا لا يثبت أهل الحديث مثله، ولفظه: أن علياً ضمن الغسال=

وأَصَحُّهُما، وبه قال أحمدُ واختاره المُزَنيُّ: أنَّه لا يضمن، كما لا يضمن المستأجر ولَيْسَ أخذه لمحض غرضه، بل هو لغرضه، وغرضِ المالِكِ، فأشبه عامِلَ القِرَاض.

والثاني: القَطْعُ بالقَوْل الثَّاني، ويُحْكَىٰ هذا عن الرَّبيع؛ لما اشتهر عنه أن مذهب الشافعيِّ رضي الله عنه أن الأجراء لا يَضْمَنُون إلاَّ أنَّه كان لا يبُوح به خَوْفاً من أُجَراء السُّوء، ومن قال بهذا قال قوله في «المختصر»: والأُجَرَاءُ كلُّهم سواء، وما تلِفَ في أيديهم منْ غيْر جنايتهم، ففيه واحدٌ من القَولَيْن:

أحدهما: الضمان.

والآخَرَ: أن لا ضمان إلاَّ بالعدوان، أراد به الردَّ على أبي حنيفة رضي الله عنه حيث قال: ما تَلِفَ في يد الأجير المشتَرَكِ بآفة سماوية، أو سرقةٍ، فلا ضمانَ علَيْه، وإن تلف بفعْله، ضَمِن، فإن كان بالفعل المأذون فيه، كتخرُّق الثوب بدقِّ القصَّار، إلا أن يكون الفعلُ المأذُونُ فيه جرحاً وختانٍ من قصد وختان، ونحوهما فقال: لا وجْهَ لما ذكره إنما المتَّجه أحد القولَيْن.

أما ما قلت: وهو أنه لا يضمن بحالٍ، أو ما قال أبو يوسُفَ، وهو أنَّه يضمن ما تَلِف بفعْله، أو بالآفةِ السَّماويَّة، وأما المنفردُ، فهو أولَىٰ يبقى الضمان؛ لأنَّ منافعه مختصةٌ بالمستأجر في المدَّة، فكانت يده كالوكيل مع الوكيل، فمَنْ قَطَع بنفي الضمان في المشتَرَكِ، ففي المنفرد أولىٰ والمثبتون للخلاف هناك افترقُوا ههنا فطرد أكثرهم الخلافَ، وعليه يدل نصه[1] «أنَّه الأجراء كلُّهم سواء» وقطَع بعضُهم بنفي الضمان، ويُحْكَىٰ هذا عن أبي الحُسَيْن بنْ القَطَّان، والقَفَّال وفي «تعليق» الشيخ أبي حامدٍ أَنَّ الطريقتَيْن إن فسَّرْنا المنفرِدَ بالتفْسِير الأول، فأما على الثاني[2]، فليس إلاَّ القطْعُ بنفي الضَّمَان، وإذا جمعتْ بيْن الطُّرُق، قلْتَ: في ضمان الأجير ثلاثة طرق:

أحدُهَا: إثباتُ قولَيْن فيه.

والثاني: القَطْعُ بأنه لا يَضْمَن.

والثالث: القَطْعُ بأن المنفرد لا يضمن وتخصيص القولَيْن بالمشترك، وإذا اختصرْتَ، قلْتَ: فيه ثلاثةُ أقوالٍ كما في الكتاب.

= والصباغ، قال الشافعي: لا يصلح الناس إلا ذلك، وروى عن عثمان من وجه أضعف من هذا، وروى البيهقي من طريق جعفر بن محمد عن أبيه عن علي أنه كان يضمن الصباغ والصائغ، وقال: لا يصلح الناس إلا ذاك، وعن خلاس أن علياً كان يضمن الأجير.

(١) ينظر: المختصر مع الحاوي الكبير ٧/ ٤٢٥.

(٢) في ز: ها هنا على الثاني.

ولْيُعْلَمْ قوله: «أمانة» بالميم وقوله: «على الأصح» بالواو، للطريقة القاطعة.

وقوله: «يد ضمان» بالألف نحو إعلامُ القولَيْن [الأولَيْن] بالحاء؛ لأنه مذهبه الفرق بين المشترك، والمنفرد كالثَّالث.

والحالة الثانية[(١)]: إذا لم يكنِ الأجيرُ منفرداً باليَدِ، كما إذا قَعد المستأْجِر عنده حتى يَعْمَل، أو حمله إلى بيته، ليَعْمَل، قطع الجمهور بأنه لا ضمان علَيْه؛ لأن المَالَ غيرُ مُسَلَّم إلَيْه في الحقيقة، وإنما استعان المالِكُ به في شُغْله، كما يستعين بالوكيل والتِّلْمِيذ. ونقل عن ابن كج عن أبي سعيد الإِصْطَخْرِيِّ وأبي عليٍّ الطَّبريِّ طرد القولَيْن فيه، وحيث قلْنا بوجُوب الضمان على الأجير، فالواجبُ أقصى قيمة من يوْم القبْض إلى التلف، أو قيمة يوم التلف؟ فيه وجهان[(٢)]، واحتجَّ المُزَنِيُّ للقول الأصحِّ بأنَّهُ لا ضمانَ على الحجَّام إذا حجم، أو ختن ولا على البَيْطَار، إذا نزع، فأفضى إلى التَّلَف، وبأن الراعي المنفرد لا ضمان علَيْه، وبأنَّ من أكراه؛ ليحفظ متاعه في دُكَّانه لا ضمان [عليه][(٣)].

قال الأصحاب رحمهم الله: المحْجُوم إما حُرٌّ، فلا تثبت اليد عليه، أو عبْدٌ فينظر في انفراده باليَدِ وعدمِ ٱلاَنفرادِ، وبتقدير ٱلاَنفراد في كونه مشتركاً، أو منْفَرِداً، فالحكْمُ في الأحوال كما سَبَقَ من غَيْره، فلا احتجاج، وكذا القول في الراعي[(٤)].

وأمَّا المسألةُ الثالثةُ: فالمال فيها في يد المالك؛ لكن الأجير في دكانه على ما تقرَّر، هذا كلُّه فيما إذا لم يوجدْ من الأجير تعدٌّ، فإن وُجِدَ، وجب الضمان لا محالةَ

---

(١) في ب: الثالثة.

(٢) قال النووي: أصحهما الثاني.

(٣) سقط في: ز.

(٤) قال الماوردي في الحاوي: فأما المزني فإنه اختار سقوط الضمان وهو أصح القولين غير أنه تعلق بما لا حجة فيه وسنوضح من حكم ما احتج به ما يدل على فساد حجته فأول ما ذكره الحجام يحجم أو يختن فإن ظهرت منه جناية عن عمد أو خطأ فهو ضامن لما حدث بجنايته وإن لم تظهر منه جناية فإن حجم أو ختن حراً فلا ضمان عليه. سواء كان الحجام منفرداً أو مشتركاً لأن الحر في يد نفسه وليست عليه يد فصار المنفرد والمشترك معه على سواء وإن حجم عبداً فإن كان مع سيده أو في منزل سيده فلا ضمان على الحجام لأن يد سيده لم تزل عنه فلم يضمن إلا بالجناية وإن لم يكن مع سيده ولا منزله ففي وجوب الضمان قولان لأن الحجام أجير مشترك.

وأما الراعي فإن نسب إلى التعدي بالرعي في مكان مسبع أو جدب أو مخوف فعليه الضمان وإن لم ينسب إلى التعدي نظر فإن رعي في ملك المالك فهو منفرد ولا ضمان عليه وإن رعي في غير ماله لكن كان المالك معه فكذلك لا ضمان عليه وإن لم يكن معه المالك ولا رعي في ملك المالك نظر فإن كان مع غنم جماعة فهو مشترك وفي ضمانه قولان وإن لم يكن معه سوى غنمه فعلى اختلاف أصحابنا ينظر: الحاوي ٧/٤٢٧.

وذلك مثل أن يسرف الأجيرُ على الخُبزْ في الإيقاد، أو يلْصِقَ الخبز قبل وقته أو يتركه في التَّنُّور فوْق العادة حتى يحْتَرِق، أو ضرب الأجير على التأديب والتعليم الصبي فمات؛ لأن تأديب الصبيِّ بغير الضرْب ممكن، ومهما اختلف الأجير والمستأجر في أنَّه هل تعدَّىٰ، وجاوز المعتادَ بعمله أم لا؟ راجعنا فيه عدلَيْن من أهل الخِبْرة، وعمِلْنا بقولهما، فإن لم نجد من نراجعه، فالقولُ قول الأجير؛ لأن الأصْلَ براءته من الضمان، ومهما تَلِف المالُ في يد الأجير بعْد تعدِّيه، فالواجبُ أقصىٰ قيمة من وقْتِ التعدِّي إلى التَّلف، إنْ لم يضمن الأَجِير، فإن ضمناه، فأقصى قيمه من يوم القبْضِ إلى التلف، هكذا ذكره صَاحِبُ «التهذيب» وغيرُه، ويُشْبِه أن يكونَ هذا جواباً عَلىٰ قولنا: إنَّهُ يضمن بأقْصَى القيمة منْ يوم القبض إلى التَّلَف، فأما إذا قلْنا: إنَّهُ يضمن الأجِير قيمةَ يوْمِ التَّلَف، فينبغي أن يقال: الواجبُ ههنا أقصى قيمة منْ يوْم التعدِّي إلى التَّلَف[١].

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَظَاهِرُ النَّصِّ أَنَّ مَنْ غَسَلَ ثَوْبَ غَيْرِهِ أَوْ دَلَكَهُ أَوْ حَلَقَ رَأْسَهُ وَلَمْ يَجْرِ لَفْظُ الإِجَارَةِ لاَ يَسْتَحِقُّ أُجْرَةً لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مَنَافِعَ نَفْسِهِ بِاُخْتِيَارِهِ، وَقَالَ المُزَنِيُّ: إِنْ كَانَ عَادَتُهُ طَلَبَ الأُجْرَةِ اسْتَحَقَّ الأُجْرَةَ، وَأَمَّا مَنْ دَخَلَ الحَمَّامَ لَزِمَهُ الأُجْرَةُ لِأَنَّهُ يُتْلِفُ مَنْفَعَةَ غَيْرِهِ بِسُكُونِهِ، وَلاَ ضَمَانَ عَلَى الحَمَّامِيِّ إِذَا ضَاعَ الثِّيَابُ بِغَيْرِ تَقْصِيرِهِ عَلَى الأَصَحِّ (و) كَسَائِرِ الأُجَرَاءِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه مسْألَتَان:

إحداهما: إذا دفَع ثَوْباً إلىٰ قَصَّارٍ؛ ليقصره، أو إلى خَيَّاط؛ ليخيطه، أو جلس بين يديْ حلاَّق، ليحْلِقَ رأسه، أو دلاَّك، ليدلكه، فَفَعَل، ولم يجْر بينهما ذكْرُ أجرة ولا نفْيُها، ففيه أوجُهٌ:

أصحُّها: وَيُحْكَىٰ عن النص أنَّهُ لا أجرة له؛ لأن المعمولَ له لَمْ يلتزَم عِوضاً وعمله كما يجوز أن يكونَ مقابلاً بعوض، يجوز أن يكون مجَّاناً، وصار كما لو قالَ: أطْعِمْني خبزك، فأطْعَمَه، لا ضمان عليه.

والثَّاني: أنَّه يستحِقُّ الأجرة؛ لأنَّه استهلَكَ عمَلَه، ولزمه ضمانه.

والثالث: وبه قال أبو إسحاق: أنه إن بدأ المعمول له، فقال: افعل كذا، لَزِمَه الأجرة، وإن بدأ العامِل، فقال: أعْطِنِي ثوْبَك؛ لِأُقَصِّره، فلا أجرة له؛ لأنه اختار تفويت منافعه.

(١) قال النووي: هذا الاستدراك الذي ذكره الرافعي متعين لا بد منه.

والرابعُ: إنه كان العاملُ معروفاً بذلك العَمَل، وأخذ الأجرة علَيْه، استحق الأجرة للعادة، وإلا فلا، وهذا ما أجاب به صاحبُ الكتاب في «باب العارية»[1] واختلفت الروايةُ في المسألة عن المزنِّي، وابن سُرَيْج.

أما المزنيُّ فَرَوىٰ أصحابنا العِراقيُّون عنه الوَجْهَ الثاني، وأسنَدُوه إلى «الجامع الكبير» ورَوىٰ آخرون عنه الوجه الرابع[2] ومنهم صاحبُ الكتاب، والقاضي الرُّويانيُّ.

وأما ابْنُ سُرَيْج، فَرَوى الأكثرون عنه الوَجْهَ الأوَّل.

وفي «المهذَّب»، و«التهذيب» نِسْبةُ الرابع إلَيْه، والله أعلم ولو دخل سفينةً بغير إذْنِ صاحبها، وسار إلى السَّاحل، فعلَيْه الأجْرةُ، وإن كان الإذْنِ، ولم يجرِ ذكر الأجرة، فعلى الأوجُهِ.

وإذا لم نوجِبِ الأجْرة، فالثوب أمانة في يد القَصَّار، وإن أوجَبْنَاها، فوجُوب الضَّمان على الخِلاَف في الأجير المشترَكَ. الثانية: فيما يأخذه الحمَّامِيُّون[3] وجهان:

أحدُهما: أنَّهُ ثمن الماء، وهو متطوِّع بحفْظ الثِّياب، وإعادة السَّطْل[4]، فعلى

---

(١) واستحسنه النووي في منهاجه، وعلله الخطيب بقوله «والاستحسان لهذا الوجه لدلالة العرف على ذلك وقيامه مقام اللفظ كما في نظائره، وعلى هذا عمل الناس وقال الغزالي: وهو الأظهر. وقال الشيخ عز الدين. إنه الأصح، وحكاه الروياني في الحلية عن الأكثرين، وقال: إنه الاختيار، وقال في البحر: وبه أُفْتي، وَأَفْتَى به خلائق من المتأخرين، وإذا قلنا: لا أجرة له على الأصح فمحله كما قال الأذرعي، إذا كان حراً مطلق التصرف، أما لو كان عبداً أو محجوراً عليه بسفه أو نحوه فلا؛ إذ ليسوا من أهل التبرع بمنافعهم المقابلة بالأعواض، واحترز المصنف رحمه الله بقوله:

«ولم يجر بينهما ذكر أجرة» عما إذا قال مجاناً، فلا يستحق شيئاً قطعاً، وما لو ذكر أجرة فيستحقها قطعاً، وإن كانت صحيحة فالمسمى، وإلا فأجرة المثل.

ولو عرض بذكر أجرة كاعمل وأنا أرضيك، أو اعمل وما ترى مني إلا ما يسرك، أو نحو ذلك كقوله حتى أحاسبك، استحق أجرة المثل، كما في البيان للعمراني وغيره، ويستثنى منها: عامل المساقاة إذا عمل ما ليس من أعمالها بإذن المالك فإنه يستحق الأجرة. قال بعض أهل العلم: لا تستثنى؛ لأن عمله تابع لما فيه أجرة؛ وأيضاً استثنى عامل الزكاة فإنه يستحق العوض، ولو لم يسم.

قال الزركشي: ولا يستثنى؛ لأن الأجرة ثابتة بنص القرآن، فهي مسماة شرعاً، وإن لم يسمها الإمام. وأيضاً عامل القسمة بأمر الحاكم فللقاسم الأجرة من غير تسمية، ونازع في التوشيح هذا الاستثناء وقال: إنه لغيره.

(٢) في ز: الثاني . . (٣) في ب الحمامي وهو موافق كما في الروضة.

(٤) السطل: إناء من معدن كالمرجل له علاقة كنصف الدائرة مركبة في عروتين.

ينظر: المعجم الوسيط ١/ ٤٤٦.

هذا؛ الثيابُ غير مضمونة على الحمَّامِين، والسَّطْلُ مضمونٌ على الداخل.

وأظهرهما: أنه أجرةُ الحمامُ والسَّطْل والإزار وحفظ الثياب[١]، وأما الماءُ فإنَّه غير مضبوطٍ حتى يقابل بعوَضٍ، وعلى هذا ينطبقُ قوله في الكتاب: «أمّا منْ دخَل الحمَّام لزمه الأُجْرة» فإنه جعل المأخوذ أجْرة الحمَّام، وإنما وجبت الأجرة، ولم يجر لها ذكْرٌ، ولم يخرج على الخلاف في المسألة الأولَىٰ؛ لأنَّ الداخل مستوفٍ منفعةَ الحمام[٢] لسُكُوته، وهناك صاحبُ المنفعة هو الذي صرَفَها إلَى الغَيْر، فعلى هذا الوجْه، فالسَّطْل غير مضمونٍ على الدَّاخل؛ لأنه مستأجرٌ، والحمامِيُّ أجيرٌ مشترَكٌ في الثياب؛ فلا يضمن على الأصح كسائر الأُجَراء.

وعبارةُ صاحب «التَّهْذيب» عن الوجْه الثاني أنه المأخوذَ ثمن الماء وأجرة الحمَّام والسَّطْل، وعلى هذا فيجعل فيه ثلاثةُ أوجه [والله أعلم بالصواب].

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلَوْ قَصَّرَ الثَّوْبَ فَتَلِفَ فِي يَدِهِ، فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّ القِصَارَةَ عَيْنٌ لَمْ يَسْتَحَقَّ الأُجْرَةَ لِأَنَّهُ تَلِفَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ، وَإِنْ قُلْنَا: أَثَرٌ فَيَسْتَحِقُّ إِذْ وَقَعَ مُسَلَّماً بِالفَرَاغِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هذه المسْألَةُ قد ذكرناها في «التفْليس» مرَّةً، ونحن لا تحكي إعادتها عنْ فائدة، فنقول: إذا عمِل الأجيرُ ثم تلفت العيْنُ التي عَمِلَ عليها؛ نُظِر؛ إنْ لم يكن الأجيرُ مُنْفَرِداً باليد، بل عمل من ملْك المستأجر، أو بمحضر منه، لم يُسقط أجرته[٣] وإنْ كان مُنْفَرِداً باليد كما إذا سَلَّمَ الثَّوْبَ إلى القَصَّار، فقصَّره، ثم تَلِف عنده، فيبنَىٰ على خلافٍ مذكورٍ في «التفليس» أنّ في القصارة أثرٌ أمْ عَيْنٌ؟

إن قلْنا: أثر، لم تسقطِ الأجرةُ، ثم إنْ ضمنا الأجير، فعليه قيمة ثوْبٍ مقصورٍ، وإلا فلا شيْء عليه، وإن قلْنا: عيْنٌ سقَطت أجرته، وعليه قيمة ثوْب غيْر مقصود إنْ ضمنا الأجير، أو وجد منه تعدّ وإلا فلا شيء عليه، وإن قلنا: عين، سقطت أجرته، وعليه قيمة ثوب غير مقصور إن ضمنا الأجير، أو وجد منه بعد وإلا فلا شيء عليه وإن أتلف أجنبيّ الثوب المقْصور، فإن قلْنا: القِصَارة أثرٌ، فللأجِيرِ الأجرةُ، وعلى وإن قلنا: عين سقطت أجرته وعليه قيمة ثوب غير مقصور إن ضمنا الأجير أو وجد منه بعد وإلا فلاشئ الأجنبيِّ القيمةُ، ثم المستأجرُ على قول تضمينِ الأجير يتخيَّر بين مطالبته ومطالبة الأجنبيِّ، والقرار على الأجنبيِّ.

وإن قلْنا: عين، جاء الخلافُ فيما إذا أتلف أجنبيٌّ المبيعَ قَبْل القَبْض.

---

(١) في د: والإزار فحفظ الثياب.
(٢) سقط في: ز.
(٣) في د: الأجرة.

وإن قلنا: ينفسخ [العقد] فهو كما لو تلف، وإلاَّ فللمستأجر الخيارُ في فَسْخ الإجارة وإجازتها، وإن أجاز ولم يضمن الأجيرُ، فيستقرُّ له الأجرة، والمستأجرُ يغرّم للأجنبيِّ قيمة ثوبٍ مقصورٍ، وإن ضمناه، فالمستأجر بالخيار، إن شاء ضمن الأجنبي قيمة ثوب مقصورٍ، وإن شاء، غرم الأجنبيُّ قيمة القصارة، وللأجير قيمةُ ثوْبٍ غيرِ مقْصُورٍ، ثم الأجيرُ يرجع على الأجنبيِّ وإن فسخ الإجارة، فلا أجْرةَ عليه، ويغرّم الأجنبيُّ قيمةَ ثوبٍ غير مقصورٍ، وإن ضمنا الأجير، غرم القيمة من شاء منْهما، والقرار على الأجنبيِّ، ويغرّم الأجنبيُّ للأجير[1] قيمة القصَارة، ولو أتْلَف الأجيرُ الثَّوْبَ بنفسه، فإن قلْنا: القصارة أثرٌ فله الأجرة، وعَليْه قيمةُ ثوْب مقصورٍ، وإن قلنا: عيْنٌ، جاء الخلافُ في أن إتلاف البائع كالآفة السماويَّة، أو كإتلاف الأجنبيِّ، وإن قلْنا: كالآفة السماوية، فالحكمُ ما سبق، وإن قلْنا: كإتلاف الأجنبيِّ وأثبتنا للمستأجر الخِيَارَ، فإن فسخ الإجارة، سقطت الأجرةُ على الأَجير، وعلَى الأجِير قيمةُ ثوبٍ غير مقصورٍ، وإنْ أجازها، استقرّت، وعليه قيمةُ ثوب مقصورٍ، وصبغ الثوب بصبغ صاحب الثوب كالقصارة، فإن استأجره، ليصبغ بصبغ من عنده؟

قال في «التَّتِمَّة»: هو جمْعٌ بين البَيْع والإجارة، ففيه الخلافُ المعروف، وسواءٌ صحَّ أو لم يصح فإذا هَلَكَ الثَّوْبُ عنده، سقطت قيمةُ الصَّبْغ، وسقوطُ الأجْرَة علَىٰ ما ذكرنا في القِصَارة. فَرْعٌ: سَلَّمَ ثوباً إِلَىٰ قَصَّار؛ ليقصرَه، فجحده، ثم أتَىٰ به مقصوراً، استحق الأجرة، إن قصره ثم جحده، وإنْ جَحَد ثم قصره، فوجهان[2]:

وجهُ المنع، وبه قال أبو حنيفة: إنَّهُ عمل لنفسه.

وخرَّج الصيدلانيُّ الوجْهيْن على القَوليْن في الأجير في الحج، إذا صرف الإحرام إلىٰ نفسه، هل يستحقُّ الأجرة؟

ويُقَالُ: إنَّ أبَا حَنِيفَةَ امتحن أبا يُوسُف. رحمه الله تعالى بهذا الفَرْع، حيث انفرد عَنْه، وتصدَّى الدرس وأمر السائل بتخطئته، إن أطلق الجواب بـ«لا أو نعم». فأطلق.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلَوْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيَحْمِلَهَا عَشَرَةَ آصُعٍ فَزَادَ صَاعاً صَارَ عَاصِيَاً ضَامِناً، وَلَوْ سَلَّم إِلَى المُكْرِي وَقَالَ: إِنَّهُ عَشَرَةٌ وَهُوَ أَحَدَ عَشَرَ وَكَذَبَ فَتَلِفَتِ الدَّابَّةُ بِالحِمْلِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ، وَفِي قَدْرِهِ قَوْلاَن أَحَدُهُمَا: النِّصْفُ كَمَا إِذَا جَرِحَ نَفْسَهُ جُرَاحَاتٍ وَجَرَحَهُ غَيْرُهُ جِرَاحَةً فَمَاتَ وَالثَّانِي: انه يَجِبُ جُزْءٌ مِنْ أَحَدَ عَشَرَ جُزْءاً مِنَ الضَّمَانِ لِأَنَّ

---

(١) في ز: للأجنبي.

(٢) قال النووي ينبغي أن يكون أحدهما: الفرق بين أن يقصد بعمله لنفسه فلا أجرة، أو يقصد عمله عن الأجازة الواجبة فيستحق الأجرة.

الجِرَاحَاتِ لاَ تَنْضَبِطُ بِخِلاَفِ الحَمْلِ، وَهَذَا الخِلاَفُ جَارٍ في الجَلاَّدِ إِذَا زَادَ وَاحِداً عَلَى المِائَةِ أَنَّهُ يَضْمَنُ النِّصْفَ أَوْ بِحِسَابِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قدْ مرَّ أن المستأجر لا يضمَنُ، إذا لم يوجَدْ منه تُعَدٍّ، فإن وُجِدَ، وجبَ الضَّمَانُ، وذلك كما إذا ضرب الدَّابة، أو كَبَحَها[١] باللِّجَام فوق العادة، وعادةُ الضَّرْب تختلف في حقِّ الراكب، والرائضِ، والراعِي، فكلٌّ يراعى عادة أمْثَاله، ويحتمل من الأجير للرياضة والرغي ما لا يُحْتَمل من المستأجر للركوب.

وأما الضَّرْب المعتادُ، إذا أفضى إلى تَلَفٍ، فإنه لا يوجِبُ ضماناً؛ خلافاً لأبي حنيفة، ويخالِفُ ضَرْبَ الزوج زوجته؛ لأنه يمكن تأديب الآدمِيِّ بغير الضَّرْب[٢]، وإذا نام بالليل في الثوب الذي استأجره، أو نَقَل فيه التُّرَاب أو أَلْبَسَهُ عَصَّاراً، أو دَبَّاغاً دون من هو في مِثْل حالِهِ، أو أسكن الدَّارَ قصَّاراً أو حدَّاداً دون مَنْ هُوَ في مثْل حاله، وجب الضمان، وكذا لو أَرْكَب الدابَّة مَنْ هو أثقلُ منه وقرار الضمان على الثاني إن كان عالماً، وإلاَّ فعلى الأول، وإن أركبها مثله، فجاوز العادة في الضرب، فالضمان على الثاني دون الأول؛ لأنه لم يتعد.

ولو اكترى لحمل مائة رطل حديد، فحمل مائة من القطن أو التبن أو بالعكس ضمن، وكذا لو اكترى لحمل مائة مَنٍّ من الحنطة، فحمل مائة مَنٍّ من الشعير ضمن أو بالعكس، لأن الشعير أخف فمأخذ من ظهر الدابة أكثر، والحنطةُ أثقلُ، فيحتمل ثقلُها على الموضِعِ الوَاحِد. ولو اكترىٰ لحمل عشرة أَقْفِزَةٍ[٣] من الحنطة، فحمَلَ عشرةً من الشَّعير، لم يضمن؛ لأنَّ المقدارَيْن في الحِجْم سواءٌ، والشعير أخفُّ، وبالعكس يضمن لزيادةِ ثقَل الحنْطة. ولو اكترىٰ ليركب بسَرْجٍ، فركب بلا سرج أو بالعكْس، ضمن، أمَّا الأول، فلأنه أضرُّ بالدابة.

وأما الثاني فلأنه حملها فوق المَشْروط.

ولو اكترىٰ ليحمل عليها بالإكاف، فحمل بالسَّرج، ضمنه؛ لأنه أشقُّ على الدابة وبالعكس لا يضمن إلا أن يكُون أثقل، ولو اكترى ليركب بالسرج، فركب بالإكاف

---

(١) بموحدة وبمهملة، ويقال بميم بدل الموحدة، ويقال بمثناة فوقية بدل الموحدة أيضاً، والمعنى أن المستأجر جذبها باللجام لتقف.

(٢) كاللفظ مثلاً، وعلى تقدير الظن بأنه لا يفيد إلا العزب فهو اجتهاد فاكتفى به لإباحة دون سقوط الضمان.

(٣) جمع قفيز وهو مكيال يسع اثني عشر صاعاً. وهذا المكيال يختلف تقديره، ويعادل بالتقدير المصري الحديث نحو ستة عشر كيلو جراماً. ينظر: المعجم الوسيط ٢/ ٧٨٠.

ضمن، وبالعكس لا يضمن إلا أن يكون أثقل، وقس على هذه الصور أخواتها.

ولو استأجرَ دابة ليحمل مقداراً سمّيَاه، فكان المحْمُول أكثر نُظِرَ؛ إن كانت الزيادةُ بقَدْر ما يقع من التفاوُتِ بيْن الكَيْلَيْن في ذلك المبلغ، فلا عبرة بها، فإن كانتْ أكثر، كما إذا كان المشْرُوط عَشَرة أصعٍ، وكان المحمولُ أحدَ عَشَرَ، فللمسألة أحوال:

الحالة الأولَىٰ: إذا كان المكتري الطَّعام، وحمله بنفسه، فعليه أجرةُ المثْل لما زاد، هذا هو المشهُور، وفي كتاب القاضي ابن كجّ أن القاضِيَ أبا حامد حَكَى قولاً: أنَّهُ يأخُذ أجرة المثْل للكلّ وقولاً: أنه يتخيَّر بيْن المسمَّىٰ، وما دخل الدابَّة من نقْصٍ وبيْن أن يأخذ أجرة المِثْل، وإنْ كان أبو الحسيْن حَكَىٰ قولاً أنَّهُ بالخيار بيْن المسمَّىٰ وأجرة المثْل للزيادة، وبين أجرة المثل للكلّ، وإن تلِفَت البهيمة بالحَمْل، فإن انفرد المكتَرِي باليد، ولـم يكن معها صاحِبُهَا، فعَليْه ضمانها باليد العادية؛ لأنه صار بحمل الزيادَة غاصباً، وإنْ كان معها صاحبُها ضمِن بالجناية، وفي القدْرِ المضْمُونِ قولان، ويُقَالُ: وجهان:

أحدهما: النصْفُ؛ لأن التلَفَ تولّد من جائزٍ، وغيْر جائز، فأنقسم الضّمان عليهما، كما لو جرح نفسه جِراحات، وجرَحه غيره جراحةً واحدةً، أو جَرَحَه واحدٌ جراحاتٍ، وآخَرُ [جراحة واحدةً][1] يجب نِصْفُ الدِّية علَىٰ صاحب الجراحة الواحدة.

والثّاني: أن قيمة البَهيمة توزَّع على الأصْل والزيادة، فيضمن بقسط الزيادة؛ لأن التوزيع على المَحْمُول، ميَسر بخلاف الجراحاتِ، فإنَّ نكاياتها لا تنْضَبِط، ولا معنى لرعاية مجرَّد العدو.

قال الأئمة: وهذا الخلافُ مبنيٌّ على القولَيْن فيما إذا زاد الجلاَّد في الحدِّ واحداً علَى المائة أو الثمانين[2] أنّه يضمن نصْف الدية، أو جزءاً بحسابه، ويشبه أن يكونَ التَّوْزيعُ أقْرَبَ، فقد رَجَحَهُ الإمامُ وغيْرُه، لكن في سلْسلَةِ الشَّيخ أبي محمَّد أنه التنصيف أصحُ في المسألتَيْن.

وفي شَرْح «المختصر» للشيْخ هذا حكايةُ قوْلٍ ثالث: أنَّهُ يضمن جميع القيمة كما لو انفرد باليَد، وهذا قد نسبه القاضي ابنُ كج إلَىٰ رواية أبي الحُسَيْن عنْ بعض الأصحاب، وأبدى من عند نفْسِه احْتمالاً فيما إذا انفرد باليد؛ أنّه لا يضْمَن الكلَّ، والمعتمد ما تقدَّم.

ولو هلكت البهيمةُ بسَبَبِ غيْرِ الحَمْل، ضمن عند انفرداه باليَد؛ لأنّه ضامِنٌ باليد،

---

(١) في ز: جراحاً واحداً.

(٢) في ب: لكن في المسألة أو الثمانين.

ولم يضْمَنْ عند عدم ٱلانفرادُ؛ لأنَّهُ ضامِنٌ الخيانة، وإن لم يحمل المكتري الطعام بنفسه، ولكنَّه بعْدَ ما كَالَ سلَّمه إلى المكرى حتَّىٰ حمَلَه على البهيمة، نُظِر؛ إن كان المكْرِي جَاهِلاً بالحالِ؛ بأن لُبِّسَ عليه، وقال: إنَّه عشرةٌ كاذباً؛ ففيه طريقان:

أحدهما: أنه على القولَيْن في تعارُض المباشَرَة والغرور.

وإن اعتبرت المباشرة، فالحكْمُ علَىٰ ما سنذكره في الحالة الثانية إن شاء الله تعالى وإن اعتبرنا التغرير، فكَمَا لوْ حمله المكْتَرِي بنَفْسِه.

وثانيهما: القَطْعُ بأنَّه، كما لو حمله بنَفْسِه؛ لأنَّ إعداد المحمول وشدَّ الأعدال وتسليمها إلَيْه بعْد عقْد الإجارة كالإلجاء إلى الحَمْل شرْعاً، فكان كشهادة شُهُود القصاص، وسواءٌ ثبت الخلاف أم لا، فالظاهر وُجوب الضمانِ، وبه أجابَ صاحبُ الكِتَابِ، وإنْ كان المكْرِي عالماً بالزِّيادة، نُظِرَ، إن لم يقلِ المكتري شيْئاً، لكن حمله المكْرِي، فالحكمُ كما سنذكره في الحالة الثانية؛ لأنه حمْلٌ بغير إذن صاحبه، ولا فرْقَ بين أن يضعه المكتري علَى الأرْض، فيحمله المكْرِي على البهيمة، وبيْنَ أن يضَعَه على ظَهْر الدابَّة، وهي واقفة، فيسيرها المكري، وإنْ قال المكْتَرِي: ٱحْمِلْ هذه الزيادةَ، فأجابه.

قال في «التتمة»: هو مستعيرٌ للدابة في الزيادةَ، فلا أجرة لها، وإذا تلِفَتِ البهيمةُ بالحَمْل، فعليه الضمان؛ لأنَّ ضمانَ العارية لا تجِبُ باليد، وإنما تجب بٱلارْتفاق، والانتفاع، فزيادةُ الارتفاق بالمالك لا يوجِبُ سقوط الضَّمَان، وفي كلامِ الأئمَّة ما ينازع ما ذكره في الأجْرَة والضمان جميعاً.

الحالة الثانية: إذا كان المكْرَي وحمل على البهيمة، فلا أجرة له لِمَا زاد، سواءٌ كان غالِطاً أو عامداً، وسواءٌ كان المكتَرِي جاهلاً بالزِّيادة، أو عالماً بالزيادة، وسكت؛ لأنه لم يأذَنْ في نقل الزيادة، ولا يجبُ عَليْه ضمانُ البهيمة، وله مطالبة المكري بردِّها إلى الموضع المنقول منه، وليس للمكري أن يردَّها بدون رضا المكتري، ولو لم يعلم المكتري حتى عاد إلى البلد المنقول منه، فله أن يطالب بردِّها وأصح القولين أو الوجهين أن له المطالبةَ ببَدَلِها في الحال، كما لو أبَق العبد المغصوب من يد الغاصب.

والثَّاني: لا يطالب ببَدَلِها في الحال لأن عَيْنَ ماله باقٍ وردُّها[1] مقدور علَيْه.

وإذا قلنا بالأول وغرم البَدَل، فإذا رَدَّها إلَىٰ ذلك البلد[2]، استردَّ البدل، ورد ماله إليه، ولو كَالَ المكْرِي وتولَّى المكتري النَّقْل والحَمْل على البهيمة.

---

(١) في ز: وردة.

(٢) في د: تلك البلد.

قال في «التتمة»: إنْ كان عالماً بالزيادة، فهو كما لو كَالَ بنفسه، وحَمَل؛ لأنه لما عَلِم الزيادَة، كان من حقِّه ألاَّ يحملها، وإن كان جاهلاً، فعلى وجهين:

أحدهما: [آخذاً بما إذا][1] قدَّم الطعام المغْصوب إلى المالِك، فأكَلَه جاهلاً هَلْ يبْرَأُ عن الضَّمان؟

الحالة الثالثة: إذا كال أجنبيٌ وحمل بلا إذْن، فعلَيْه أجرةُ الزيادة للمكري، وعليه الردُّ إلى الموضع المنقولِ منه، إن طالبه المكْتري، وضمان البهيمة عَلَىٰ ما ذكرنا في حقِّ المكْتَرِي وإن تولَّى الحمْلَ بعد كَيْلِ الأجنبيِّ أحد المتعاقدَيْن، فينظر أهو جاهل، أمْ عالمٌ؟ ويقاسُ بما ذكرنا، هذا كلُّه فيما إذا اتَّفَقَا علَى الزيادة، وعلَىٰ أنَّها للمُكْتَرِي.

أما إذا اختلَفَا في أصْل الزيادة، أو في قدرها، فالقول قول المنْكر، وإن ادَّعى المكْرِي أنَّ الزيادة له، والدابَّة في يده، فالقول قولُه، وإنْ لم يدَّعِهَا واحدٌ منهما، تُرِكتْ في يده؛ حتى يظهر لها مستحِقٌّ، ولا يلزمُ المكْتَرِيَ كراهاً، ولو وُجِدَ المحمولُ دون المشروط، نُظِر؛ إن كان النُّقْصَانُ بِقَدْر ما يقع من التفاوُتِ بيْن الكيلَيْن، فلا عِبْرَةَ به، وإنْ كان أكثر من ذلك، قال في «التتمة»: إنْ كال المكْرِي، حُطَّ من الأجرةِ بِقِسْطه، إن لم يعلم المكْتَرِي، وإن علمه، فإن كانت الإجارةُ في الذمَّة، فكذلك؛ لأنه لم يفِ بالمَشْروط، وإن كانتِ الإجارةُ عيناً فالحكم كما لو كال المكتري بنفْسه ونقص، فلا يُحَطُّ شيءٌ من الأجرة؛ لأن التمكين في استيفاء المنْفَعَة قد حَصلَ، وذلك كافٍ في تقرر الأجْرة. ولو اكترى اثنانِ دابَّةً وركِبَاها، . فارتدَفَهما ثالثٌ بغيْر إذنهما، فهلكتِ الدابَّة ففيما يجبُ على المُرْتَدِفِ ثلاثةُ أوجه:

أحدها: النصفُ؛ لحُصُول الهلاك مِنْ جائزٍ وغيرِ جَائز.

والثاني: أنَّ القيمَة تُقَسطَ علَىٰ أوزانهم، فيجب على المرتَدِف ما يخصُّه.

والثالث: أنَّهُ يلزمه الثُّلثُ توْزِيعاً على رُؤوسهم، فإنَّ الرجالَ لا يوزَنُون في العادة[2].

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَإِنْ سَلَّمَ ثَوْباً إِلَىٰ خَيَّاطٍ فَخَاطَهُ قِبَاءً فَقَالَ: مَا أَذِنْتُ لَكَ إِلاَّ فِي القَمِيصِ، فَإِذَا تَنَازَعَا (م) تحَالفَا إِذْ يَدَّعِي المَالِكُ خِيَانَتَهُ فَإِذَا حَلَفَ أَنَّهُ مَأْذُونٌ سَقَطَ الأَرْشُ، ويَدَّعِي الخَيَّاطُ إِذْنَ المَالِكِ وَالأُجْرَةَ فَإِذَا حَلَفَ أَنَّهُ لَمْ يَأْذَنْ سَقَطَتِ الأُجْرَةُ، وَفِيهِ

---

(١) في ز: إن.

(٢) قال النووي: أصحهما: الثاني. قال الشيخ أبو حامد وغيره: لو سخر رجلاً مع بهيمته، فتلفت البهيمة في يد صاحبها لم يضمنها المسخر، لأنها في يد صاحبها.

قَوْلٌ أَنَّ الأُجْرَةَ تَسْقُطُ عِنْدَ التَّحَالُفِ وَلَكِنَّ الضَّمَانَ يَجِبُ فَكَانَ أَثَرُ التَّحَالُفِ فِي رَفْعِ العَقْدِ، وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى: القَوْلُ قَوْلُ الخَيَّاطِ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: القَوْلُ قَوْلُ المَالِكِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ أَشْبَهُ، وَكِلاَهُمَا مَدْخُولاَنِ، وَقِيلَ: إِنَّهُمَا قَوْلاَنِ لِلشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذَا دفَع ثوباً إِلَىٰ خيَّاط، ليقطعه، ويخيطه، فخَاطَه قباءً[1] ثم اختلفا، فقال الخيَّاط: هكذا أَمَرْتَنِي، وقال المالك: بلْ أَمرتُكَ أنه تقْطَعه قميصاً، فحكايةُ الشافعيِّ رضي الله عنه في اختلافِ العراقِيِّين عن ابن أبي ليلَىٰ أن القوْلَ قَوْلُ الخيَّاطِ. وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنَّ القوْل قولُ المالِكِ، روى المُزَنِيُّ في الجامِعَيْن «المختصر»، و«الكبير» أنه ذكر. بعد حكاية قولَيْهما؛ أنَّ قول أبي حنيفة أشبهُ بالحقِّ، وكلاهما مدخولٌ، وحَكَىٰ في «الجامع الكبير» عنه أنهما يتحالفان، وبه أجاب في «الإملاء» فيما إذا اسودَّ الصبَّاغُ ثوبه، وقال: هكذا أَمَرْتَنِي، وقال المالك: أمرتُكَ بصبغة أحْمَرَ، واختلف الأَصْحَابُ على ثلاثة طرقٍ:

أحدها: إثباتُ ثلاثةِ أَقْوَالٍ في المَسْأَلة:

أحدها وبه قال مالكٌ وأحمدُ: أن القوْلَ قول الخيَّاط؛ لأنهما اتَّفقَا على الإذْنِ في القَطْع، والظاهرُ أنَّه لا يتجاوَزُ المأذُون، ولأنَّ المالك يدَّعي عليه الغرم، والأَصْلُ عدمه.

والثاني: وبه قال أبو حنيفَة واختاره المُزَنِيُّ: أن القول قولُ المالك؛ لأنهما لو اختلفا في أَصْل الإذْن، كان القوْلُ قول المالِك، فكذلك، إذا اختلفا في صِفَتِهِ، وهذا كما لو قال: دفعْتُ هذا المالَ إليك وديعةً، فقال: بل رَهْناً أو هبةً، كان القولُ[2] قولَ المالِك، وأيضاً، فإن الخيَّاطَ معترفٌ بأنَّه أَحْدَثَ نقْصاً في الثَّوْب، ويدعِّي أنه مأذونٌ فيه، والأصلُ عدمه، وأيضاً فإنَّه يدعي أنَّهُ أتى بالعمل الذي استأجره عليْه، والمالِكُ ينكره، فأشْبَهَ ما إذا استأجره لِحَمْل متاع، فقال الأجيرُ: حمَلْتُ، وأنْكَرَ المالِكُ، فإنَّ القولَ قوْلُ المالك.

والثالث: أنَّهُمَا يتحالَفَانِ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما مُدَّعٍ ومدَّعىً عليه، فالخيَّاط يدعي الإجْرة والمالكُ ينكرُها[3]، والمالكُ يدَّعِي الأرْشَ، والخيَّاط ينكره، وهذه الطريقةُ معزيةٌ في «شرح الجويني» إلى القفال.

---

(١) في د: عمائم.

(٢) في د: فالقول.

(٣) في ز: منكرها.

والثانية: أنه لَيْسَ في المسألة إلا قولان، واختلفوا في عيْنهما، فعن ابن سُرَيْج، وأبي إسحاق، وابن أبي هُرَيْرة، والقاضي أبي حامِدٍ وغيرهم؛ أنهما مذْهَبُ أبي حَنِيفَةَ، وابن أبي لَيْلَىٰ رحمه الله واحتج لأنهما قولاه؛ بأنه قال لأحدهما: هذا أشبهُ القولَيْن.

ومنهم منْ قال: هما تصديقُ المالِكِ والتحالفُ، وأما تصديقُ الخيَّاطِ، فإن الشافعيَّ رضي الله عنه أعرض عنه، حيث رجَّح القول الآخرَ، وربما أوَّلُوه، فقالوا: إنَّه يؤول إلى التحالف؛ لأنه إذا حَلَفَ الخيَّاط، خرج منْ ضمان الثَّوْب، فيحلف المالك؛ لنفي الأجرة، وهذا هو التحالُفُ.

والثالثة: أنه ليْسَ في المسألة إلا قولٌ واحدٌ، وهو التحالُف، وما عداه، فهُوَ حكاية مذهب الغَيْر، وقد دفعه[1] بقَوْله: وكلاهما مدْخُولٌ، وبهذا قال أبو عليٌّ الطَّبريُّ وصاحب «التقريب» والشيْخُ أبو حامد.

وفي «أمالي» أبي الفرج السَّرْخَسِيِّ عن ابن سُرَيْج أنه، إن جرَىٰ بينهما عقدٌ، فليس إلا التحالُفُ كسائر الاختلاف في كيفية المعاوضات، وإنْ لم يجز فالخيَّاط لا يدَّعي الأجْرَةَ، وإنَّما يدعي النِّزَاع في الأَرْش، ففيه قولان: مذهب أبي حنيفة، وابن أبي لَيلىٰ، فهذه خمسةُ طرُقٍ، وإلا تدون على أن المسألة على قولَيْن، وهما مذهب الإمامين: [مذهب] أبي حنيفة، وابن أبي ليلى رضي الله عنهما ثم على أن الأصحَّ مذهبُ أبي حنيفةَ، وربَّما شبهوا القَوليْن بالقولين فيما إذا زرع أرضَهُ، وقال: أعرتنيها، وقال المالِك: بل أكريتكها، ورجَّح صاحبُ الكتاب الطريقةَ القاطعةَ بالتحالُف وزيَّف غيرها.

التفريعُ: إن صدَّقنا الخيَّاط، فإذا حلَف، فلا أرش علَيْه، وهل له الأجْرةُ؟ فيه وجهان:

أحدهما: وبه قال ابنُ أبي هُرَيْرة: نعَمْ؛ لأنَّه أثبت الإِذْنَ بيمينه، ومن قال بهذا لا يسلِّم دعْوَىٰ من يدَّعِي أن تصديق الخيَّاط يؤول إلى التحالف.

وأظهرهما، وبه قال أبو إسحاقَ وأبو عليٌّ الطَّبريُّ: لا؛ لأنَّه في الأجرة مدَّعٍ، فيكون القولُ قول المنكر، وفائدة يمينه دفْعُ الغُرْم عن نفْسِه.

فإن قلنا بالقول، الأول ففي الأجرة الواجِبَة قولان:

أَحَدُهُمَا: الأجرةُ المُسَمَّاة؛ إتماماً لتصديقه.

وأظهرهما: أجرةُ المِثْل؛ لأنا لو صدَّقناه مِنْ كلِّ وجهٍ لم نأمَنْ أن يدَّعِيَ مالاً كثيراً كاذِباً. وإن قُلْنَا لا أُجْرَة له بيمينه، فله أن يدَّعِيَ الأجرة على المالِكِ ويُحْلِفَه، فإن نَكل،

---

(١) في د: زيفة.

ففي تجديد اليمين علَيْه وجهان[١]:

أَحَدُهُمَا يجدِّد؛ لأن إثباتَ المَال بيمينِ المدَّعِي منْ غير نكولٍ بعيدٌ.

والثاني: وبه قال القاضي الحُسَيْنُ لا يجدد وكأن يمينه السابقة كانت موقوفةً على النكول لصَيْرُورَتِها حجَّةً ملزمةً للآجرة، وإن صدَّقْنا المالك، فإذا حلَف، فلا أجرةَ عليه، ويجبُ على الخيَّاط أرْشُ النقصان.

وحكى أبو الفرج السَّرْخَسِيُّ فيه وجهان، كما في وجوب الأُجْرَة، تفريعاً على القول الأول، والفَرْقُ على المشهور أن القطع موجب للضمان إلا أن يعارضه الإذن، وهُوَ غير موجب للأجْرَةِ إلاَّ إذا اقترنت بالإذن، ثم في الأرْش الواجِبِ وجْهَان:

أَحَدُهُمَا: ما بيْن قيمته صحيحاً ومقْطُوعاً؛ لأنَّهُ أثبت بيمينه أنَّه لم يأذَنْ في القطع.

والثاني: ما بيْنَ قيمته مقْطُوعاً قيمصاً، ومقْطُوعاً قِبَاءً؛ لأن أصْلَ القطْع مأذونٌ فيه[٢]، وعلى هذا، فلو لم يكنْ بينهما تفاوتٌ، أو كان مقْطُوعاً قِبَاءً أكثر قيمةً، فلا شيءَ عليه.

وذكر الشيخ أبو محمَّد؛ أنه الوجهَيْن ينبنيان على أصلَيْن:

أحدهما: القَولاَنِ فيما إذا اكْتَرَىٰ أرْضاً ليزرعها حنطةً، فزرَعَها ذُرَةً، ففي قولٍ: عليه أجرة المثل، ويعرض عنْ عقْد الإجارة، فعلَى هٰذا يغرَّم ههنا جميع النقص، ويعرض عن أصل الإذْنِ.

والثاني: يغرم تفاوت ما بيْن الزَّرْعَيْن، فههنا يغرم تفاوُتَ ما بين القطْعَيْن.

والثاني: الخلافُ في أنه الوكيلَ، إذا باع ماله بالغبن الفاحِشِ يغرَّمُ جميع قدر الغبن، أو يحط عنه ما يتغابَنُ الناس به؛ لأنه كالمأذُون فيه.

وإذا قلْنا: إنَّه يغرَّم تفاوت ما بيْن القطعَيْن، فهل يستحقُّ الأجرة للقَدْر الذي يصْلُح للقميص في القَطْع؟

فيه وجهان: عن ابن أبي هُرَيْرة: نعم، وبه أجاب صاحب «التهذيب»، وضعَّفه ابنُ الصباغ؛ لأنَّهُ لم يقْطَعْهُ للقَمِيصِ[٣]، وإذا قلْنا يتحالَفَانِ، فإذا حلَفَا، فلا أجرةَ للخُياط، وفي وجوب أرْشِ النقْص للمالك قوْلان في «الإملاء» أنَّهُ يَجِبُ؛ لأنهما إذا

---

(١) قال النووي: ينبغي أن يكون أصحهما التجديد.

(٢) صحح الأول الإمام وغيره وقال الاسنوي إنه الأصح وصحح الثاني جمع واختاره السبكي. وقال: لا يتجه غيره وقال الخطيب: فهذا هو المعتمد.

(٣) قال النووي: المنع أصح، ونقله صاحب «البيان» عن نص الشافعي رضي الله عنه.

تحالَفَا فكأنهما لم يتعاقَدَا ولو لم يتعاقَدَا وقطعَ لزِمَه الأَرْش، فكذلك ههنا، والأصحُّ وهو رواية المزنيِّ في «الجامع الكبير» منْعُه؛ لأنه، على نفي العُدْوَان؛ ولو لم يحلف[١]، لكان لا يلزمه إلاَّ أرْشُ النقْص، فلا بد، وأن يكون ليمينه فائدةٌ.

ولو أراد الخيَّاط نزْعَ الخيط، لم يُمَكَّن منْه؛ حيث حَكَمنا له بالأجرة، سواءٌ كان الخيطُ للمالك، أو من عنْده؛ لأنّه تابع للخياطة.

وحيثُ قلنا: إنَّهُ لا أجْرَةَ له، فله نزْعُ خيطه، كالصبغ، وحينئذ لو أراد المالكُ أن يشُدَّ بخيطه خيْطاً لِيُدْخِلَه في الدروز إذا خرج الأول، لم يمكَّن منْه إلا برضا الخيَّاط؛ لأنه تصرُّفٌ في ملكه.

بقي في المسألة شيْءٌ وهو كيفيَّة اليمين على اختلاف الأقوال.

قال في «الشامل»: إن صدَّقنا الخيَّاط، حلف باللَّه؛ ما أذنت لي في قطعِهِ قميصاً، ولقد أذنت لي في قطْعه قِبَاءً، وإن صدَّقنا المالك، قال: يكفي عنْدي أن يَحْلِفَ؛ ما أَذِنْتُ لي في قطْعه قِبَاءً، ولا حاجة إلى التعرُّض للقَمِيص؛ لأنَّ وجوبَ الغُرْم وسقوط الأجرة كلاهما يلزم من نفي الإذْن في القِبَاء.

وإن فرَّعنا علَىٰ قول التحالُفِ، جمع كُلُّ واحدٍ منهما في يمينه بين النَّفْي والإثبات، كما سبق في البيع، قال القاضِي ابْنُ كَجٍّ: والكلام في أنَّ البراءة بمن؟ على ما سبق هناك، والمالك ههنا في رُتْبَة البائع[٢].

واعْلَمْ أنَّ اختلافَ المتعاقدَيْنِ في الأجرة أو في المدة، أو في قدْرِ المنْفَعَة بأَنْ قال المُكْرِي: أكْرَيْتُكَهَا إِلَىٰ خَمْسَةِ فراسِخَ، فقال: بل إِلَىٰ عشرَة أو في قدر المستأجِرِ؛ بأن قال: أكْرَيْتُكَ هٰذَا البَيْتَ من هذه الدَّار، فقال: بلْ جميع الدار يوجِبُ التحالُفَ، كما في البيع، وإذا تحالَفَا، فُسِخَ العقْد، وعلى المستأجر أجرةُ المِثْلِ؛ لما استوفاه.

فرع:

قال للخيَّاط: إنْ كان يكْفِي هذا الثوب لقميصي، فاقطعه، فقَطَعه، فلم يكْفِهِ، ضمن الأرش؛ لأن الإذن مشروطٌ بما لم يوجد، ولو قَالَ: هلْ يكْفِي لقميصي، فقال: نَعَمْ فقَالَ: اقْطَعْه، فقَطَعه، فلم يكْفِهِ، لم يضمن؛ لأنَّ الإذْنُ مُطْلَق.

---

(١) في أ: لأنه لو حلف على نفي العدوان، ولو لم يحلف لكان لا يلزمه.

(٢) قال النووي: قال الشيخ أبو حامد: إذا صدقنا الخياط، حلف: لقد أذنت لي في قطعة قباءً فقط. فإن لم نثبت للخياط أجرة، فهذا أصح من قول صاحب «الشامل» لأن هذا القدر كاف في نفي الغرم عنه. وإن أثبتناها. فقول صاحب «الشامل» هو الصواب.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **البَّابُ الثَّالِثُ فِي الطَّوَارِيءِ المُوْجِبَةِ لِلْفَسْخِ وَهِيَ ثَلاَثَةُ أَقْسَام: الأَوَّلُ: مَا يَنْقُصُ المَنْفَعَةَ نُقْصَاناً تَتَفَاوَتُ بِهِ الأُجْرَةُ فَهُوَ عَيْبٌ مُوجِبٌ لِلْفَسْخِ قَبْلَ قَبْضِ الدَّارِ وَبَعْدَهُ إِلاَّ إِذَا بَادَرَ المُكْرِي إِلَى الإِصْلاَحِ إِنْ قَبِلَ الإِصْلاَحَ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قد بان في أول الكتاب أنَّ غرَضَ البَابِ الكلامُ فيما يقتضي فسْخَ الإجارة، أو انفساخَها، وإنما يثبت الفَسْخ، أو الانفساخُ؛ لخَللٍ يعْرِضُ في المعْقُود علَيْه، والخلل إمَّا أن يوجِبَ نقصان المنْفعَة، أو فواتَهَا بالكلِّيَّة، وعلى التَّقْدِير الثاني، فالفواتُ، إما أن يكون حِسِّيّاً، أو شَرْعيّاً، فهذه ثلاثة أقسام:

أحدها: ما ينقصُ المنفعَةَ، ومهما ظَهَر بالمستأجر نقصانٌ تتفاوت به الأجرة، فهو عيب مثبت للفَسْخ، وذلك كمَرضِ العَبْد والدابَّة، وانقطاعِ ماء البئْر وتغيُّره؛ بحيثُ يمنع الشُّرْب، وانكسارِ دعائِم الدَّار، واعْوِجَاجِها، وانهدام بَعْضِ جُدْرانِها، لكن لو بادَرَ المكْرِي إلى الإصْلاَح، وكان قابلاً للإصْلاَح في الحال، سقَطَ خيارُ المكْتَرِي كما مَرَّ، ولا فرْقَ بيْن أن يكون لاَحِقاً حاصلاً في يد المسْتَأْجِر؛ لأنَّ المنافع في الزمان المستَقْبَل غَيْرُ مقبوضَةٍ، وإنْ كانتِ الدَّارُ مقبوضةً، فيكونُ العَيْب قد نما بالإضافة إِلَيْهَا، وقياسُ هذا ألاَّ يتسلَّط على التصرُّف في المنافع المستقبلة، إلا أنَّهُ سلِّط عليه للحاجة، ثم العيْبُ، إن ظهر قبل مضي مدةٍ لها أجرة، فإن شاء، فسخ، ولا شيْء عليه، وإن شاء أجاز تجميع الأجْرَة، وإن ظهر في أثناء المدة، فالوجْهُ مَا ذَكره صَاحِبُ «التتمة» وهو أنَّه، إن أراد أن يفسخ في جميع المدَّة، فهو كما لو اشتَرىٰ عبدَيْن فتَلِفَ أحدُهُما، ثم وَجَد بالباقي[1] عيباً، وأراد الفَسْخَ فيهما، وإنْ أراد الفَسْخ فيما بَقِيَ منَ المُدَّة، فهو كما لو أراد الفَسْخَ في العبد الباقي وحده، وحكْمُها مذكورٌ في البيع، والجمهور أطلقوا القَوْل بأنَّ له الفَسْخَ، ولم يتعرَّضوا لهذا التفْصِيل، ومهما امتنع الفَسْخ، فله أخذ الأَرْش، فيُنْظر إلى أجرةِ مثْلِهِ سليماً، وإلَىٰ أجرة مثله مَعِيباً، ويُعرَفُ قدْرُ التفاوُت بينهما، وهذا كلُّه في إجارة العَيْنِ أمَّا إذا كانَتِ الإجارةُ في الذمَّة، فوجد بالدابَّة المسلَّمة عيباً، لم يكن له فسخُ العقْد لكن يردُّها ويؤمَرُ المُكْرِي بالإبْدال والله أعلم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَإِنْ ظَهَرَ لِلْعَاقِدِ عُذْرٌ، بِأَنْ تَخَلَّفَ عَنِ السَّفَرِ وَقَدِ اسْتَأْجَرَ الدَّابَّةَ أَوْ تَغَيَّرَ حِرْفته وَقَدِ اسْتَأْجَرَ الحَانُوتَ أَوْ مَرِضَ لَمْ يَكُنْ لَهُ (ح) الفَسْخُ بِهَذِهِ الأَعْذَارِ لِأَنَّهُ لاَ خَلَلَ فِي المَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَلَوِ اكْتَرَىٰ أَرْضاً لِلزِّرَاعَةِ فَفَسَدَ الزَّرْعُ بِجَائِحَةٍ فَلاَ يُحَطُّ شَيْءٌ مِنَ الأُجْرَةِ، وَلَوْ فَسَدَ الأَرْضُ بِجَائِحَةٍ ثَبَتَ الرَّدُّ، فَمَهْمَا أَجَازَ أَجَازَ بِجَمِيعِ (و) الأُجْرَةِ كَمَا**

(١) في ز: القائم.

فِي الْبَيْعِ، وَإِنْ فَسَخَ رَجَعَ إِلَىٰ أُجْرَةِ الْبَاقِي وَاسْتَقَرَّ مَا اسْتَوْفَاهُ عَلَى الأَصَحِّ (و)، وَيُوَزَّعُ الْمُسَمَّىٰ عَلَى الْمُدَّتَيْنِ بِاعْتِبَارِ الْقِيمَةِ لاَ بِاعْتِبَارِ الْمُدَّةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه ثَلاَثُ مَسَائِلَ:

إِحْدَاهَا: الإجارةُ لا تُفْسَخ بالأعْذَار، سواءٌ كانت إجارة عيْن، أو في الذمّة، وذلك كما إذا استأجر دابّةً لِلسَّفَر عليها، فمرض أو حانوتاً لحرفة فندم، أو هلكت آلاتُ تلك الحرْفة، أو حمَّاماً فتعذَّر عليه الوَقُود، وبهذا قَالَ مَالِكٌ وأحمد، وقال أبو حنيفة رضي الله عنهم يَثْبُت الفَسْخُ بهذه الأعذار وَنَحْوِها، وسلَّم أنَّه لو ظهر للمُكْرِي عذْرٌ كما لو مَرِض وعَجَزَ عن الخُرُوجِ مع الدوَابِّ التي آجرها، أو أكرى داره، وأهلُهُ مسافرون، فعادوا، أو لم يكنْ متأهِّلاً، فتأهَّلَ؛ أنَّه لا يثبت الفسخ، فيقاسَ عليه ما سلم، وأيضاً، فإنَّ الإجارة عَقْدٌ لا يفسخ بغَيْر عذْر، فلا يفسخ بعذْر من غير المعْقُود عَلَيْه؛ كالبيع[1].

الثانية: إذا اكترىٰ أرضاً للزِّراعة، فزَرَعها، فهلك الزَّرْع لجائِحةٍ مِنْ سيل، أو جَرَادٍ، أو شدَّة حَرٍّ، أو برْدٍ، أو كثرةِ مطَرٍ، لم يكن له الفسْخُ، ولا حطُّ شيْءٍ من الأجرة؛ لأن الجائحة لحِقَت مال المكْتَرِي لا منفَعَةَ الأرض، فأشْبَه ما لو اكترى دُكَّاناً، لبَيْع البَزِّ، فاحترق بزُّه، لا تنفسخ الإجارة في الدُّكَّان.

ولو فسَدَتِ الأرضُ بجائحةٍ، أبْطلَتْ قوَّةَ الإنبات في مدَّة الإجارة، قال في الكتاب: «يثبُتُ الردُّ» ومفهومه أنه عيْبٌ موجِبٌ للخيار، لكنَّ هذا الفساد مفوِّت للمنفعة بالكلِّية، فليكنْ كفوات الأرْضِ بغَرَقٍ، أو رمْلٍ، وسنذكُرُه في الفصْل الذي يلي هذا الفصْلَ، وقد بيَّن ذلك في «الوسيط» فقال: ينفسخُ العقْدُ في المدَّة الباقية، ثمَّ إنْ كان فسادُ الأرْض بعْد فساد الزَّرْع، فعين الإمام فيه احتمَالاَن قال في «الوسيط» الظَّاهر أنَّه لا يستردُّ شَيْئاً؛ لأنَّه بقيتْ صلاحيَّةُ الأرض وقُوَّتها، لم يكنْ للمستأجر فيها فائدةٌ بعْد فوات الزرع.

والثَّاني: يسترد؛ لأنَّ بقاء الأرض[2] علَىٰ صنفتها مطلوبٌ، فإذا خرجَتْ عن أن

---

(١) الاستنابة من كل منهما ممكنة، ومحل عدم الانفساخ في غير العذر الشرعي. أما من استأجر شخصاً لقلع سن مؤلمة فزال الألم، فإن الإجارة تنفسخ كما تقدم لتعذر قلعها حينئذٍ شرعاً.
ويستثنى من ذلك إجارة الإمام ذمياً للجهاد، وتعذر لصلح حصل قبل مسير الجيش، فإنه عذر للإمام يسترجع به كل الأجرة، كما قاله الماوردي، وإفلاس المستأجر قبل تسليم الأجرة، ومضي المدة، فإنه يوجب للمؤجر الفسخ، كما أطلقه المصنف رحمه الله في باب التفليس، وعدم دخول الناس الحمام المستأجَر بسبب فتنة أو حادثة أو خراب الناحية ليس بعيب يثبت الخيار كما قاله الزركشي، خلافاً للروياني؛ إذ لا خلل في المعقود عليه.

(٢) في د: الزرع.

يكون منتفعاً بها، وجبَ أنْ يثبُتَ الانفِسَاخ، وبهذا قطَع بعْض أصحاب الإمام، وإن كان فساد الزَّرْع بعد فساد الأرض، فأظهر الاحتمالَيْن بالاتفاق الاسترداد؛ لأن أوّل الزراعة غيْرُ مقصود، ولم يسلم الأخير.

وأمَّا المسألةُ الثالثةُ: وهي أنَّا إذا أثبَتْنا الخيارَ، فيم يخيَّر إن أجاز وما الذي يستقر، إن فسخ؟ فنؤخِّرُها إلى الفصل بعد هذا.

وقوله في الكتاب «وقد استأجر دكاناً أو حانوتاً» الوجه طرح أحد اللَّفْظَيْن[١]، فإنَّ الدُّكَّان هو الحانوتُ قال في «الصِّحَاح» الدُّكَّانُ واحد الدَّكَاكِينَ، وهي الحوانيت.

قَالَ الغَزَالِيُّ: الثَّانِي فَوَاتُ المَنْفَعَةِ بالكُلِّيَّةِ كَمَوْتِ الدَّابَّةِ وَالأَجِيرِ المُعَيَّنِ، وَانْهِدَامُ الدَّارِ مُوجِبٌ لِلْفَسْخِ نَصَّ عَلَيْهِ، وَنَصَّ أَنَّ انْقِطَاعَ شُرْبِ الأَرْضِ غَيْرُ مُوجِبٍ لِلْخِيَارِ لِأَنَّهَا بَقِيَتْ أَرْضاً وَالدَّارُ لَمْ تَبْقَ دَاراً، وَقَدْ قِيلَ فِيهِمَا قَوْلاَنِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ وَهُوَ الأَظْهَرُ، وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ المُتَعَاقِدَيْنِ لَمْ يَنْفَسِخْ (ح) العَقْدُ، وَلَوْ مَاتَ الصَّبِيُّ المُتَعَلِّمُ أَوِ المُرْتَضِعُ أَوْ تَلِفَ الثَّوْبُ المَخِيطُ فَهُوَ مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ تَلَفِ العَاقِدِ وَالدَّابَّةِ المُعَيَّنَةِ فَفِيهِ خِلاَفٌ (و) أَنَّهُ هَلْ يَنْفَسِخُ بِهِ أَمْ يُبْدَلُ بِغَيْرِهِ؟ وَإِذَا غَصَبَ الدَّارَ المُسْتَأْجَرَةَ حَتَّى مَضَتِ المُدَّةُ انْفَسَخَتْ، وَفِيهِ قَوْلٌ أَنَّ لِلْمُسْتَأْجِرِ الخِيَارَ، فَإِنْ شَاءَ طَالَبَ الغَاصِبَ بِأُجْرَةِ المِثْلِ، وَلَوْ أَقَرَّ المُكْرِي لِلْغَاصِبِ بِالرَّقَبَةِ قُبِلَ إِقْرَارُهُ فِي الرَّقَبَةِ، وَهَلْ يَفُوتُ حَقُّ المَنْفَعَةِ تَبَعاً عَلَى المُسْتَأْجِرِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ (و)، وَالأَقْيَسُ: (و) أَنَّ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَيْضاً مُخَاصَمَةَ الغَاصِبِ لِأَجْلِ حَقِّهِ فِي المَنْفَعَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: نورد مسائلَ الفَصْلِ والتي يَسْلُكُ معها على ما يوجبه الشَّرْح، ولا نراعي ترتيب الكِتَاب، فنقول:

القِسْمُ الثاني: فواتُ المنفعة بالكلِّيَّة حِسّاً:

فَمِنْ صُوَرِهِ مَوْتُ الدابَّة، والأجيرِ المعيَّن، وذلك إنْ كان قبل القبض، انفسَخَ العقْدُ، وكذا، إن كان عَقِبَ القَبْض قَبْلَ مضيِّ مدةٍ لمثلها أجرةٌ، إن كان في خلالِ المدَّة، انفسخ العقدُ في الباقي، وفي الماضي يجيء الطريقان فيما إذا اشترَىٰ عبدَيْن، وقبضَ أحدَهُمَا، وتلف الثَّاني قبْل القبض، هل ينفسخ البيع في المقبوض.

فإن قلْنا: ينفسخ في الماضي، سقَط المسمَّىٰ، ووجب أُجْرَةُ المِثْل لما مضَىٰ.

وإن قلْنا: لا ينفسِخُ فيه، فهل له خيارُ الفَسْخ؟ فيه وجهان:

---

(١) ما اعترض به المصنف هنا غير وارد على النسخة المعتمد عليها في أصل الكتاب، حيث ذكر الغزالي «الحانوت» فقط فلعل الرافعي اعتمد على نسخة فيها ما أثبته.

أصحُهما، عند الإمام وصاحبِ «التهذيب»: لا؛ لأن مَنَافِعَهُ قد صارَتْ مستوفاةً مستهلكة.

والثاني: وبه أجاب ابنُ الصبَّاغ وآخرون: نعم؛ لأن جميع المعْقُود علَيْه لم يُسلَّم له. فإنْ قلْنا: له الفسْخُ، وفسخ، فالرجوع إلَىٰ أُجْرة المثل.

وإنْ قلنا: لا، فسخ له، أو أجاز، وجَبَ قَسْطُ ما مضَىٰ من المسمىٰ، والتوزيعُ علَىٰ قيمة المنفعة، وهِيَ أجرةُ المِثْل، لا علَىٰ نفْس الزَّمان، وأجْرَةُ المثل تختلف، فربما تزيد أجرةُ شهرٍ على أجرةِ شهرَيْن؛ لكثرة الرغَبَات في ذلك الشَّهْر، فلو كان مدَّة الإجارة سنةً وقد مضَتْ منْها ستةُ أَشْهُرٍ، لكنَّ أجرة المثل فيها ضِعْفُ أجرة المثل في السنة الباقيَة، وجَبَ في المسمَّىٰ ثُلُثَاه، وإن كان بالعكْسِ، فثلُثُه، وتفاوُتُ الأجرة في المدتَّيْن كتفاوُت القيمة في العبْدَيْن، إذا قُبِض أحدهما، وتلف الآخرُ عنْد البائع، وإذا أثبَتْنَا الخيار بسبب عيْب، وانفسخ العقْدُ في المستقبل بفسخه، ففي انفساخه في الماضي الطريقان، فإنْ لم ينْفَسِخْ، فسبيل التوزيع ما بيَّنَّاه، وإنْ أجازه، فعليه الأجرةُ المسمَّاة بتمامها، كما لو رَضِيَ بعَيْبِ المبيع، يلزمه جميع[1] الثمن، وهذا ما ذكره صاحب الكتاب في الفَصْل السَّابق أنَّه مهما أجاز، أجازَ بجميع الأُجْرة إلى آخره.

وأراد بقَوْله: «رجَع إلى أجرة الباقي» الأجرة المسماة.

وقوله: «واستقر ما [استوفاه][2] على الأصح» يعن الأصح من القولين، وعلى القول الثاني، لا يستقر شيْءٌ من المسمَّىٰ، لتعدِّي الانفساخ إلى الماضي، ولا فَرْق بين أن يحْصُل التلَفُ بآفة سماويةٍ، أو بفعل المكْتَرِي، بل لو قتل العبْد والدابَّة المعيَّنة، كان حكم الانفساخ والأجرةِ علَىٰ ما ذكرناه، ويلزمه قيمةُ ما أتْلَف.

وعن ابن أبي هُرَيْرة؛ أنه يستقرُّ عليه الأجرة المسمَّاة بالإتلاف، كما يستقر الثمن علَى المُشْتَرِي بالإتْلاَف، والمذْهَب الأول؛ لأن البَيْع ورد على العيْنِ، فإذا أتلفها، جُعِل قابضاً، والإجارةُ وردتْ على المنافع[3] ومنافع الزمان المستقبل معدومةٌ، لا يُتصوَّر

---

(١) في ب: كمال. (٢) في ز: استوفى.

(٣) يرى جمهور الفقهاء، ومنهم المالكية، والحنفية، والحنابلة، وأكثر أصحاب الشافعي رضي الله عنه، أن مورد عقد الإجارة إنما هو المنفعة، ويرى فريق آخر أن موردها هو العين.
وحجة هؤلاء أن فعل الإجارة إنما يقع على العين، فيقال: آجرتك داري، وأن العين هي الموجودة حين العقد، والعقد لا يضاف إلا إلى موجود.
وحجة الجمهور أن المستوفي بالإجارة إنما هو المنفعة دون العين، وأن الأجرة إنما هي في مقابلة المنفعة، وما كانت الأجرة في مقابلة يكون مورداً للعقد.
وأجابوا عما احتج به الآخرون بأنه إنما أضيف العقد إلى العين؛ لأنها محل المنفعة، لا لأنها=

. . . .

= مورد عقد الإجارة هذا والخلاف في هذه المسألة لا ثمرة له؛ لأن الفقهاء جميعاً يقررون أن عقد الإجارة لا ينقل ملك العين المؤجرة، بل مقتضاه تمليك منفعتها للمستأجر مدة تعود بعدها إلى ملك رَبِّهَا.

وللمنفعة التي هي ركن من أركان عقد الإجارة شروط لا بد من توفرها؛ ليصح العقد عليها، وتكاد تكون المذاهب متفقة في هذه الشروط من جهة المعنى، وإن اختلفت في العبارة تارة، وفي التفاصيل تارة أخرى ولذا رأينا أن نسلك في الحديث عنها مسلك المالكية، وإذا كان هناك خلاف مهم في بعض التفاصيل عرضنا له مع الموازن والترجيح، ومجمل هذه الشروط ستة، عليها.

الأول: أن تكون المنفعة معلومة علماً يمنع من التنازع من المسلم به أن المنافع أموراً إضافية، لا تستقل بالوجود، حتى تمكن مشاهدتها، فهي لا توجد إلا تبعاً لمضافاتها، فمعرفتها تكون بمعرفة محلها، وقدرها وصفتها، وفي ذلك تفاصيل متشعبة في كتب المذاهب يحسن أن نلم بطرف مهم منها فيما بعد.

علم أن عقود المعاوضة، ومنها الإجارة مبنية على رضا المتعاقدين على ما قبلا التعاقد عليه، ولا يمكن أن يتوجه التراضي حقيقة إلا إلى المعلوم، وبهذا تظهر الحاجة إلى هذا الشرط، وقد استنبطه الفقهاء من عمومات الكتاب والسنة.

قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾.

فقد جعل الله أكل الأموال دون تراض من الجانبين أكلاً بالباطل، ومن ثمّ وجب التراضي، والتراضي لا يمكن أن يتوجه إلا إلى معلوم.

وروى الإمام أحمد عن أبي سعيد أن رسول الله ﷺ: «نهى عَنِ اسْتِئْجَارِ الْإِجِيرِ حَتَّى يَبْيَنَ لَهُ أَجْرُهُ».

فإن بدل بعبارته على أن العلم بالأجر شرط في صحة الإجارة نصحوا على اشتراط العلم بالمنفعة، لأنها المقصودة بالذات.

وللعلم بالمنفعة طرق مختلفة باختلاف ما تتعلق به.

وإليك أمثلة من ذلك.

لو استؤجر معلم للتعليم، فلا بد من تعيين المتعلم بالإشارة، أو بال العهدية، أو وصفه، فإن لم يعين أو يوصف فسدت الإجارة، ومثله استئجار المرضعة، فلا بد فيه من تعيين الرضيع أو وصفه، ولو بذكر السن لاختلاف حاله بكثرة الرضاع، وقلته.

لو استؤجرت دار للسكنى مثلاً، أو حانوت لنحو التجارة فلا بد من تعيينهما، أو وصفهما بذكر الموضع والحدود، ونحو ذلك مما تختلف باختلافه الأجرة إذ لا يصح أن يكون العقار المستأجر في الذمة.

لو استؤجر جدار للبناء عليه وجب وصف البناء بأن يذكر طول ما يبنى وعرضه، وكونه من حَجَرٍ أو لبن، أو غير ذلك، بخلاف كراء الأرض للبناء عليها، فلا يشترط فيه ذلك؛ لأنه لا يتعلق به غرض، بل يكفي المساحة.

لو اكتريت دابة ونحوها لركوب أو غيره، فإن لم تكن في الذمة، فلا بد من تعيينها بالإشارة=

. . . .

= الحسية، أو بآل العهدية، ولا يكفي الوصف، وإن كانت في الذمة بأن لم تقصد عينها وجب تعيين نوعها كإبل أو بغال، وصفتها كعراب، وبخت وذكورة، أو أنوثة، ويغني عن ذكر النوع وما بعده، وصفها كدابتك البيضاء، أو السوداء، لكن إن عينت بالإشارة، أو بالعهد انفسخت الإجارة بتلفها، وإلا لم تنفسخ، وعلى ربها بدلها،

وعلم من هذا أن لو قال دابتك البيضاء مثلاً فهي من قبيل ما في الذمة، وإن لم يكن للمكري غيرها، فلا تنفسخ الإجارة تبلفها لاحتمال إبدالها.

يجوز في الإجارة على عمل من حرفة كالخياطة والبناء أو غيرها، كالحصاد، والدراس أن بقين بالزمن كيوم، أو جمعة، أو شهر، وأن تعين بمحل العمل دون الزمن ككتاب كتاب علم، أو بناء حائط، أو قنطرة، أو حفر بئر، أو خياطة ثوب إذا وُصِفَتْ هذه الأمور وَصْفاً رافعاً للنزاع، فإذا عينت بالزمن استحق العامل الأجرة على تسليمه نفسه في ذلك الزمن، وإن قل عمله، أو لم يتهيأ له عمل، وإذا عينته بمحل العمل استحق الأجرة على العمل طال الزمن أو قصر، فإن جمع الزمن والعمل، كأن قال إنسان لآخر: خط هذا الثوب في هذا اليوم بكذا ففي ذلك تفصيل حاصله.

أنه إن كان الزمن مساوياً للعمل بأن كان يسعه لا يزيد، ولا ينقص، فهو فاسد اتِّفَاقاً عند المالكية، فيما حكاه ابن رشد.

وحكى ابن عبد السلام: أن أحد مشهورين، والآخر عدم الفساد، وإن كان الزمن أقل من العمل، فهو فاسد إتفاقاً عندهم، وإن كان الزمن أوسع من العمل جاز اتفاقاً على ما حكاه ابن عبد السلام، وفسد على المشهور على ما حكاه ابن رشد.

وطريقة ابن عبد السلام أظهر في النظر على ما قال الدردير في «الشرح الكبير».

وعلة الفساد فيما لو نقص الزمن عدم إمكان التسليم، وأما إذا ساوى أو زاد، فالعلة احتمال وجود طارىء يطرأ على الأجير يمنعه عن إتمام العمل في هذا الزمن فيؤدي ذلك إلى النزاع.

والشافعية أيضاً يمنعون تقدير المنفعة بالزمن، ومحل العمل مقاماً لم يكن ذكر الزمن بقصد التعجيل.

ولهم فيما لو زاد الزمن على العمل وجهان.

أحدهما: نص عليه البويطي وهو الصحة، لأن عروض عائق عن الإكمال في الزمان المتسع خلاف الأصل، فلا ينظر إليه.

وثانيهما: عدم الصحة، وهو الذي اعتمدوه. والحنفية مختلفون أيضاً في الجمع بين الزمن والعمل.

فأبو حنيفة يقول فيه بفساد الإجارة، وأبو يوسف ومحمد يقولان: بجوازها.

وجه قول الصاحبين أن المعقود عليه هو العمل؛ لأن هو المقصود، والعمل معلوم، فأما ذكر المدة، فهو للتعجيل، فلم تكن المدة معقوداً عليها، فإن فرغ من العمل قبل تمام المدة فله كمال الأجر، وإلا فعليه أن يتمه بعد المدة، وله أجر مثله على ألا يزيد على ما شرطه.

ووجه قول أبي حنيفة: أن المقصود عليه مجهول؛ لأن ذكر أَمْرَ إنِ كل واحد منهما يجوز أن يكون معقوداً عليه، وهما العمل والمدة. =

. . . .

= أما العمل فظاهر، وأمَّا المدة؛ فلأن لو استأجره يوماً للخبز من غير بيان قدر ما يخبز جاز؛ لأن المعقود عليه المنفعة، وهي مقدرة بالوقت، ولا يمكن الجمع بينهما في كون كل واحد منهما معقوداً عليه؛ لأن حكمهما مختلف إذا العقد على المدة يقتضي وجوب الأجر من غير عمل؛ لأنه يكون أجيراً خالصاً، والعقد على العمل يقتضي وجوب الأجر بالعمل؛ لأنه يصير أجراً مشتركاً، فكان المعقود عليه أحدهما، وليس أحدهما بأولى من الآخر فكان مجهولاً، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد، والخلاف بين أبي حنيفة، وصاحبيه إنما هو فيما لو قال استأجرتك لتخيط هذا الثوب اليوم، أو استأجرتك هذا اليوم لتخيط هذا الثوب.

وأما لو دفع إلى خياط ثوباً لتعطيه ويخيطه قميصاً على أن يفرغ منه في يومه هذا فالإجارة جائزة بين أبي حنيفة وصاحبيه، ثم إن وفى بالشرط أخذ المسمى، وإن لم يَفِ به فله أجر مثله على ألا يزيد على ما شرطه؛ لأنه لم يجعل الوقت معقوداً عليه، وإنما جعله بياناً لصفة العمل، فلا تأتي فيه علة المنع التي قال بها أبو حنيفة في المثالين السابقين.

والحنابلة مختلفون أيضاً والراجح عندهم أن لا يجوز الجمع بين المدة والعمل ورُوي عن أحمد الجواز كقول أبي يوسف ومحمد، وخلاصة هذا الخلاف كله ثلاثة أقوال:

١ ـ المنع مطلقاً.

٢ ـ الجواز مطلقاً.

٣ ـ التفصيل إما بالمنع عند نقص الزمن، والجواز فيما عداه، وإما بالمنع عند نقص الزمن ومساواته والجواز عند زيادته، وإما بالمنع في بعض الأمثلة، والجواز في بعضها.

والذي يظهر إنما هو التفصيل بين ما لو كان الزمن ينقص عن العمل، أو لا ينقص، فإن نقص فالعقد فاسد لعدم إمكان التسليم؛ ولأنه عبث ما لم يكن كناية عن السرعة غير مقصود به الاشتراط، فإنه حينئذ لا يضر، ولا يعتبر الإحلال به موجباً للخيار.

وإن لم ينقص عن العمل بأن ساواه، أو زاد عليه صَحَّ العقد سواء قصد بذكر الزمن الاشتراط، أم جعله كناية عن السرعة؛ لأنه على فرض كونه للاشتراط إنما هو اشتراط للمصلحة، وليس فيه غرر أو جهالة تمنع من التعليم، وما يقال من أن الزمن حينئذ يكون معقوداً عليه فيؤدي ذلك إلى الجمع بين حكمين مختلفين، أو جهالة المعقود عليه، فهو غير ظاهر؛ لأن كل أحد يفرق بالضرورة بين من يقول خط عندي ثوباً وبين من يقول خط لي هذا الثوب في يوم، فمقصود، الأول تملك منفعة الأجير في الزمن المخصوص سواء أخاط له ثوباً، أم أقل، أم أكثر، أم سلم نفسه، ولو لم يعمل شيئاً، ومقصود الثاني إنما هو العمل المخصوص لا يملك سائر منافع الأجير، بل له أن يخيط في هذا الزمن له ولغيره، لكن اشترط الزمن للمصلحة، فليس معقوداً عليه، وإنما هو شرط إذا وفى به فالأمر ظاهر، وإن خاط الثوب في أقل منه فقد زاد حداً، واستحق المسمى، كما لو عجل المدين أداء دينه المؤجل، وإن أبطأ فخاط بعض الثوب في الزمن أو لم يخط شيئاً أصلاً فالمستأجر بالخيار بين الفسخ والإجارة، فإن فسخ، فللأجير أجر مثل ما صنع إن كان قد صنع شيئاً، ولا عبرة بالمسمى؛ لأنه سقط بالانفساخ، وإن لم يفسخ فليس على الأجير سوى إتمام العمل، وله المسمى.

الإجارة على غير عمل لا بد فيها من التقدير بمدة، وهذا قدر متفق عليه بين الفقهاء، وقد=

. . . .

= وجهوا ما ذهبوا إليه بأنه لا خلاف في وجوب العلم بالمنفعة، وهي أمر إضافي إن أمكن انضباطه في الأعمال بالمدة تارة، وبمحل العمل تارة أخرى لم يمكن انضباطه في غير الأعمال إلا ببيان المدة، وترك البيان يقضي إلى النزاع والغرر، فقد يرغب أحد العاقدين في مدة طويلة، والآخر في مدة قصيرة.

وإذا قلنا بتقدير المدة فإن طولها وقصرها يتركان لحرية المتعاقدين حسبما يريانه محققاً لمصلحتيهما على ألاَّ تهلك فيها العين المؤجرة غالباً إلى هذا ذهب الجمهور، خلافاً للمالكية والظاهرية.

أما الظاهرية، فإنهم يشترطون في المدة أن تكون مما يمكن بقاء المؤجر والمستأجر، والشيء المستأجر إليها، فإن لم يمكن بقاء أحدهم إليها لَمْ يجز العقد، وكان مفسوخاً.

وحجتهم على ذلك: أن العقد على مدة لا يعيش إليها المتعاقدان باطل؛ لأنه لو كان صحيحاً، لكان عقداً منهما لغيرهما، وقد تعاقدا لأنفسهما، فلا يصح، ومثله العقد على مدة لا تبقى إليها العين المستأجرة فهو باطلٌ؛ لأن عقد على معدوم لا يوجد.

ويناقش ما استدل به الظاهرية بأنا لا تسلم أن العقد على مدة لا يعين إليها المتعاقدان يعتبر عقداً أنهما لغيرهما.

فَإنَ عقد الإجارة ما هو إلا عقد معاوضة يفيد تمليك المنافع في مقابلة الأجرة، فالمنافع المعقود عليها كلها تملك للمستأجر والأجرة المقابلة لها كلها تملك للمؤجر، فإذا مات أحدهما ملك ورثته عنه ما كان يملكه من منفعة، أو أجرة، فالورثة لا شأن لهم بالعقد أصلاً، وإنما ورثوا آثار العقد من منفعة وأجرة، كما يرثون أثر البيع من ثمن أو منحه إذا بقي بيد المورث، حتى مات عنه، وبهذا تسقط حجة الظاهرية في إبطال التقدير بمدة لا يعين إليها المتعاقدان، وأما إبطالهم التقدير بمدة لا تبقى إليها العين المستأجرة فمسلم.

والجمهور يقولون به.

وَأَمَّا المالكية، فإنهم يفصلون في المدة بالنسبة للأعيان المؤجرة، فَيُحَدِّدُونَهَا في الأرض الزراعية المأمونة الري بخمسين عاماً، وإذا لم تكن مأمونة، فإلى هذه المدة أيضاً بشرط عدم قبض الكراء، وبالنسبة للعبد بخَمْسَةَ عَشَرَ عَاماً، وبالنسبة لدور السكنى بثلاثين عاماً وبالنسبة لدواب الركوب بسنة، إلا أن تكون في سفر فشهر، وهذا في الدابة التي يكون فيها قبض الأجرة، وأما مع عدم القبض، فيجوز لأكثر من سنة، وقد فرقوا بين الدابة والعبد من جهة طول المدة وقصرها بأن العبدإذا حصلت له مشقة يخبر عن حال نفسه، والدابة ليست كذلك.

ولم أرَ من استدلَّ على هذا التحديد، وغاية ما يستدل به عليه أن الأرض وإن لم تفن في الخمسين عاماً إلا أن قد تتغير فيها الأسعار، فالإجارة لأكثر منها تحتوي على الضرر، وأما الدار فإن يخشى انهدامها لو استؤجرت لأكثر من تلك المدة، وكذا يقال في بقية التقادير عندهم.

ولا يخفى ضعف هذه الحجج، وعدم دلالتها على هذه التقادير المعينة المحددة، فالمانع من إطالة المدة إما الجهالة، وإما خوف هلاك أحد العاقدين، وإما خوف هلاك العين.

أما الجهالة فلا وجود لها، لأن الغرض أن العاقدين قدرا مدة معينة، وأما خوف هلاك أحد=

ورودُ الإتْلاف علَيْها، وعلَىٰ هذا؛ فلو عَيَّب المكتري الدار، أو جرح العبد، كان كما لو تعيَّب بآفة سماويةٍ في ثُبُوت الخيار.

قال الإمام: وقد يختلج في الصَّدرْ خلافُهُ، لتضمُّن التَّعَيُّب الرِّضَا بالعيب.

ومنْها: انهدامُ الدار، والنصُّ أنه يقتضي الانفساخَ، ونصَّ فيما إذا اكتَرى أرضاً للزِّراعة، ولها ماءٌ معتادٌ، فانقطع أنَّ له فسْخَ العقْد، واختلفوا في النَّصَّيْن، فمنهم منْ نقَل وخَرَّج، وجعل المسألَتَيْنِ على قولَيْن:

أحدُهُما: انفساخُ الإجارة؛ لفَوَات المقصود، وهو السكْنَىٰ ههنا، والزراعة هناك، فكان كموت العبد.

والثاني: المنع؛ لأن الأرْضَ باقيةُ والانتفاعُ ممكنٌ من وجْهٍ آخر، ولكن يثبت به الخيارُ. ومنهم من قرر النصَّيْن، وفَرَق بأنَّ الدار لم تبعدَ داراً، والأرض بَقِيَتْ أرْضاً، وأيضاً، فربما تُمْكِنُ الزراعةُ بالأمطار، وأشار بعضُهم إلى القَطْع بعدم الانفساخ، وحمل ما ذَكَره في الانهدام علَىٰ ما إذا صارَتِ الدار تلاً غَيْرَ منتفع به بوجهٍ ما، وطريقةُ النَّقْل والتَّخريج أظهرُ عند الأصحاب، لكن الأظهر من القولَيْن في الانهدام الانْفِسَاخ، وفي انقطاع الماء ثُبُوت الخيارِ كما نصَّ عليه، وإنما يثبت الخيارُ، إذا امتنعتِ الزراعة.

فأما إذا قال المُكْرِي: أنا أسوقُ الماء إليها في موضَع آخر، يسقط الخيار، كما لو بادر إلَىٰ إصلاح الدار، فإن قلْنا: بالانفساخ، فالحكمُ علَى ما ذكرنا في مَوْتِ العبد،

= العاقدين، فلا أثر له؛ لأنه لا ينفسخ العقد بموت أحدهما عندهم وفاقاً للجمهور، فلم يبق إلا خوف هلاك العين، وهو لا يتقدر بالخمسين أو الثلاثين والخمسة عشر وغيرها، إذ الأرض قد تبقى مئات السنين، والدار قد تبقى أكثر من الثلاثين بكثير، وكذا العبد قد يعين أكثر من الخمسة عشر، والذي يظهر أن هذا التقدير إنما هو تقريب لا تحديد، والمراد استئجار العين إلى مدة تبقى فيها غالباً، كما يقول الجمهور.

وقد وجه الجمهور ما ذهبوا إليه من عدم تحديد المدة إلا بما تبقى فيه العين المستأجرة غالباً، بأن عقد الإجارة لازم لا ينفسخ بموت العاقدين أو أحدهما مع سلامة العين المؤجرة، وقد أعطاهما العقد حسن الانتفاع بما صار إليهما، فالمؤجر بالأجرة، والمستأجر بالعين، وما ثبت لهما من الحقوق يورث عنهما، فلا مانع من إطالة المدة، ولو لم يعن المتعاقدان إليها ما دامت العين تبقى فيها غالباً.

فإن قيل: إن الحنفية يقولون بانفساخ الإجارة بموت أحد العاقدين فكان عليهم أن يقولوا بما قال به الظاهرية من التحديد بمدة يعين إليها العاقدان.

قلنا: لعلهم يلاحظون أن التقييد بالمدة يجعل العقد كأن عُقُودٌ كثيرة متعددة بتعدد المدة، فطرقها لا يؤثر، إذ غايته أن تبطل في المدة الزائدة، فلو أجر داراً مائة سَنَةٍ، فالإجارة صحيحة في المدة التي يعيشان إليها، فإذا مات أحدهما انفسخت، فلا داعي لإبطالها ابتداء.

لنا بعدم الانفِسَاخ، فله الفسْخ في المدة الباقية، وفي الماضية الوجْهَان، فإنْ
، فعَلَيْه قسْطُ ما مضىٰ من المسمَّىٰ وإن أجاز، لزمه المسمىٰ، كلُّه، وقيل: يحط
ام وانقطاع الماءِ ما يخصه.

ومنها: إذا غصب العَبْدُ المستأجرُ، أو أبق، أو نَدَّتِ الدابة، فإنْ كانتِ الإجارة في
، فعلى المكْري الإبدالُ، فإن امتنع، استُؤجر عليه، وإن كانتْ إجارةَ عَبيْدٍ، أو
ـِ الدَّارُ المستأجِرة، فللمكْتَرِي الخيار[1]، فإنْ كان ذلك في أثناء المدَّة، فإنِ اختار
ح فسخ في الباقي، وفي الماضِي ما مضى من الخلاف، وإنْ لم يفسخ، وكان قد
ـر مدَّةً معلومةً فانقضت، فيبني على الخلاف فيما إذا أتلف أجنبيٌّ المبيعَ قبْل
ـِ، فيفسخ البيع أم لا؟ إن قلنا: ينفسخ، فكذلك الإجارةُ، ويستردُّ الأجرة، وإن
لا ينفسخ، فكذلك الإجارة ويتخيَّر بين أن يفْسَخَ ويستردَّ الأجرة، وبيْن أن يجيز
لب الغاصب بأُجْرة المثل، والذي نصَّ عليه الشافعيُّ رضي الله عنه وأجاب به
حاب انفساخُ الإجَارة، وإن كان البناءُ المذكورُ يقتضي ترْجيحَ عَدَمِ الانفساخ وعلى
فلو عاد إلى يده، وقد بَقِيَ بعْضُ المدة، فللمكْتَرِي أن ينتفع به في الباقي وتسقط
ة المدة الباقية، إلاَّ إذا قلْنا: إنَّ الانفساخ في بعْض المدَّة يوجِبُ الانفساخ في
ـِ، فلَيْسَ له الانتفاع في بقيَّة المدَّة، وإن كان قَدِ استأجره لِعَملٍ معلومٍ، فله أنه
ملَهُ فيه متى حصلَتِ القدْرَة علَيْه، وإذا بادر المُكْرِي إلَىٰ الانتزاع من الغاصب، ولم
ـل منفعةٌ على المكتري، سقط خيارُه، كما سبق في إصْلاحِ الدَّار، ثم ذكر في
ب المستأجر صورتَيْنِ:

إحْدَاهُمَا: لو أَقر المكْتري بما أكراه للغاصِبِ مِنَ المستأجر، أو لإنسانٍ آخر، ففي
، إقرارِهِ في الرقَبَة قولان، يُوَجَّه أحدهما؛ بأنه قولٌ يناقض العقد السابق، فلا يُلْتَفَتُ
، كما لو أقرَّ بما باعه لغَيْر المُشْتَرِي، والآخر بأنَّه مالك في الظاهر غير مُتَّهم في
ـار، ويخالف إقرار البائع؛ لأنَّه يصادف ملك الغير، وقد يبنى الخلاف على أن
ـري، هل له بيعُ المستأجر؟ إن قلْنا: نعم، صحَّ إقراره، وإلا، فهو علَى الخلاَفِ
إقرار الرَّاهن، وإذا قلْنا: يُقْبَلُ إقراره، ففي بطلاَنِ حقِّ المستأجر من المنفعة أوْجُه:

أظهرُها: أنه لا يَبْطُل؛ لأنه بالإجارة أَثْبَت له الحق في المنفعة، فلا يُمَكَّن من
، كما، أن البائع لا يتمكَّن من رفْع ما أثبته بالبَيْع.

---

[1] لتعذر الاستيفاء، ومحل الخلاف في غصب الأجنبي، أما إذا غصبها المالك بعد القبض، أو قبله بامتناعه من الإقباض، فطريقان أحدهما: كغصب الأجنبي، وأصحهما القطع بالانفساخ، وإن غصبها المستأجر ويتصور بأخذها من المالك بغير إذنه، قبل انقضاء الإجازة، استقرت الأجرة عليه.

والثاني: يَبْطُل؛ تبعاً للرقَبَة كالعَبْد إذا أقرَّ على نفسه بالقصَاص، يُقْبَل ويَبْطُلُ حَقُّ السيد تبعاً.

والثالث: إنْ كَانَ المَالُ في يَدِ المستأجر[1]، فلا يزالُ يدُهُ إلى انقضاء مدَّة الإجارة، وإن كان في يَدِ المُقَرِّ له، فلا ينتزع من يده.

وإذا قلْنا: يَبْطُل حقُّ المكتري في المنفعة، فهلْ له تحليف المكْرِي؟ فيه الخلافُ المذكورُ في أن المرتهن، هل يُحَلِّفُ الراهن، إذا أقرَّ بالمرهون، وقبِلْناه؟

والأظهرُ من الخلاف في المسألة أنَّه يقبل إقراره في الرَّقبةُ، ولا يَقْبَل في المنْفَعَة، ويُحْكَىٰ هذا عن أبي بكرِ الفارسيِّ، لكن الذي رواه عن النَّصِّ في «عيون المسائل» له أن الإقرار جائزٌ، والكراء باطلٌ.

الثانية: للمكْرِي مخاصمةُ من غَصَب العَيْن المكراةَ أو سرَقَها بحقِّ الملك، وهل للمكْتَرِي مخاصمَتُه؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنَّهُ يستحِقُّ المنفعة، فيطالبه ليستوفِيَ المنفعة.

وأظهرهما، وَيُحْكَى عن نصِّ الشافعيِّ رضي الله عنه لا؛ لأنه ليْسَ بمالِك، ولا نائبٍ عن مالك فأشبه المودع والمُسْتعير، والوجْهان جاريان في أنَّ المرتهن، هل يخاصم؛ لأن له حقّاً في المرْهُون؟ ورأى الإمامُ وطائفةٌ الوَجْه الأول أقْرَبَ إلى القِياسِ، وعلَىٰ ذلك؛ جرى صَاحِبُ الكتاب. وقال: «والأقيس أن للمستأجر أيضاً مخاصمة الغاصِبِ» وقد يوجَّه بأن من ادَّعَىٰ مِلْكاً، وقال اشترَيْتَهُ من فلان وكان مالكاً له إلَىٰ أن اشتريتُهُ تُسْمَعُ بينته عَلَىٰ ذلك، فكما سُمِعَتِ البينةُ على تملُّك البائع؛ لتوسُّله بها إلَىٰ إثبات المِلْك لنفسه، وجب أن يكون الحُكْمُ في المنفعة كذلك.

ومنْها الثوبُ المعيَّن للخياطة، إذا تَلِفَ، هل ينفسخ العقد؟ فيه خلاف قدْ مرَّ ذكره. والأصحُّ عند الإمام وجماعةٍ: أنه لا ينفسخ؛ لأنَّ المعقود عليه العمل، فلا فرْقَ بين أن يوقعه في ذلك المعيَّن، أو في مثله.

وعند العراقيين والشيخ أبي عَلِيٍّ: أنه يَنفسخ؛ لتعلُّقه بذلك المعيَّن فيه، أجاب ابْنُه الحداد فيما إذا اكترى منه دوَابَّ في الذمَّة؛ لحمل خمسة أعْبُدٍ معيَّنين، فمات اثنانِ، وحمل ثلاثة، فقال: له ثلاثةُ أخماسِ الكراء، ويسقط خمساه، والفرض فيما إذا تساوت أوزانهم، ويوافقه نصُّ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ فيما لو نَكَحها على خياطةَ ثَوْبٍ بعينه، فهَلَكَ قبْل أن يَخِيطَهُ؛ حيْثُ قال: لها مَهْرُ المثل، ثم بيَّن الشَّيْخُ مَوْضِعَ الخلاف؛ فقال:

---

(١) في د: المكتري.

الخلاف فيما إذا لزم ذمَّته خياطةُ ثوبٍ بعينه، أو حمل عبْداً وقناعاً بعَيْنه، فإنَّ العقْدَ، وإن كان في الذِّمَّة، فهو متعلِّق بعيْنِ ذلك الثَّوْب أو المتاع.

أما إذا استأجر دابَّةً بعينها مدةً؛ لركوب، أو حمْل متاع، فلا خلاف في جوازِ إبْدالِ الراكب والمتاع، وفي أن العَقْدَ لا ينفسخ بهلاكهما وَفَرَّق بأن العقْدَ، والحالةُ هذه، تناول المدة؛ ألا تَرَىٰ أنَّهُ لو سَلَّم الدابَّة، فلم يركَب، تستقِرُّ الأجرة، وفيما إذا استأجر؛ لخياطةِ الثَّوب المعيَّن العقْدُ يتناول العمل، ولهذا لو سلَّم نفْسه مدةً يُمْكِنُ فيها الخياطة، ولكنْ لمْ يَخطْ له لم تستقرَّ هكذا ذكره الشَّيْخُ، وفيه نزاعٌ ستعرفه من بعْدُ إن شاء الله تعالىٰ.

فإن حكمنا بأنَّ الإجارة لا تَنْفَسِخ، فإن أتى المُسْتَأْجِر بثَوبٍ مثله، فذاك، وإن لم يأتِ إما لعجْزٍ، أو امتنع عنْ قدرةٍ، حتى مضت مدةٌ تسع لتوفيته[١] فتستقرُّ الأجرة، أو لا تستقرُّ؟ فيه وجهان[٢]، نقلهما الإمام:

إنْ قلْنا: تستقرُّ، فللمستأجر فَسْخُ العَقْدِ؛ لأنَّه، ربَّما لا يَجدُ ثوباً آخرَ أو لا يريد قَطْعَهُ. وفيه وجهٌ آخر: أنَّه ليسَ له فَسْخُ العقْد، فيخرَّج من هذا وجه أن المستأجر مخيَّر، إن شاء أبدل الثوب التالف، وإن شاء فسخ، وإليه، أشار صَاحِبُ الكتَاب في «الوسيط» حيْث قال بَعْد ذكر الخلاف في الانفساخ: و«فيه وجهٌ ثالِثٌ؛ وهو أنَّهما إن لم يتشاحا في الإبدال استمر العقد، ولا يثبت الفسخ.

وموت الصبيِّ المعيَّن للتعليم كتَلَفِ الثَّوْب المعيَّن للخياطة، وكذا الصبيُّ المعيَّنُ للارضاع، إن لم يكُنْ وَلَد المرْضِعة، وإنْ كان وَلَدَهَا، فالخلاف فيه مرتَّبٌ، وأولَىٰ بٱلانفساخ؛ لأنَّ دُرُورَ اللَّبَن على الولد فوق دُروره على الأجنبيِّ؛ لزيادة الشفقة على الوَلَد، فلا يُمْكِن إقامة غيرُه مُقَامه.

ولو بدأ له في قَطْع الثوب المعيَّن، وهو باقٍ، قال الإمام: المتَّجِه أنَّهُ لا يجبُ عليه الإتيانُ به؛ لأنه قد نتج له غرض في ٱلامتناع، لكن تستقرُّ عليه الأجرة، إذا سلم الأجير نَفْسه، ومضَىٰ مدَّة إمكان العمل، إن قلنا: استقرارُ الأجرة بتَسْلِيم الأجير نَفْسِه، ولَيْسَ للأجير فسْخُ الإجارة.

وإن قلنا: لا تستقرُّ، فله فَسْخُ الإجارة، ولَيْسَ للمستأجِر الفَسْخُ بحال؛ فإنَّ الإجارة عندنا لا تُفْسَخ بالأعذار، ولا يلتحقَ[٣] بالأسْبَاب المذكورةِ في الفصْل موت

---

(١) في ز: زيادة قوله «وإلا فالوارث بالخيار إن شاء وفاه واستحق الأجرة فإن أعرض للمستأجر فسخ الإجارة.

(٢) قال النووي: أصحهما لا تستقر.

(٣) في ز: تستلحق.

المتعاقدَيْن، فلا تنفسخ الإجارةُ بمَوْت المستأجِر، ولا مَوْتِ المؤَجِّر، وبه قال مَالِكٌ وَأَحْمَدُ رحمهما الله بل إن مات المستأجر، قام وارثه مَقَامَهُ في استيفاءِ المَنْفَعة، وإن مات المؤَجِّر، نزل المال عند المستأجِر إلى انتهاء مدَّة الإجارة، فإن كانَتِ الإجارةُ واردةً على الذمة، فما التزمه دَيْنٌ عليه، فإن كان في التركة وفَاءٌ، اَستُؤْجِرَ منها لِتَوْفِيَته، وإلاَّ، فالوارث بالخيار، إن شاء وفَّاه، واستحق الآجرة، وإن أعرض فللمستأجِرِ فسخ الإجارةَ[1].

وقال أبو حنيفةَ: ينفسخ العقد بموت كلِّ واحدٍ منهما.

لنا: القياسُ على البَيْع، وعَلىٰ ما إذا زوج أُمَتَه، ثم مات، وانفساخُ الإجارة بموت الأجير كان من جهة أنَّه مورد العَقْد لا من جِهَة أنَّه عاقِدٌ.

ولو أوصَىٰ لزيْدٍ بمنفعةِ دَارِه مدة عُمْرِ زَيْدٍ، فقَبِلَ الوصيَّةَ، وأجَّرها مدة، ثم مات في خلالِ المدَّة، تنفسخ الإجارة؛ لأنتهاء حقه الذي هو موردُ الإجارة بمَوْتِه.

ومما ينتظم في الفصل.

مسألةُ هَرَبِ الجَمَالِ: فإذا أكْرَىٰ جمَّالاً، وهَرَب، فإمَّا أن يذْهَب بها، أو يتركُهَا عنْد المكْتَرِي، فإذا ذهَب بها، نُظِر؛ إن كانتِ الإجارةُ في الذمَّة، اكترى الحاكمُ علَيْه من ماله، فإن لم يَجِدْ له مالاً، اَكْتَرَىٰ عليه مِنْ بيت المَالِ، أو من المكتري، أو غيره، واكترى عليه. قال في «الشَّامل»: ولا يجوز أن يكل أمر الاكتراء إلى المُكْتَرِي، لأنه يصير وكيلاً في حقِّ نفسه فإن تعذَّر الاكتراءُ علَيْه؛ فللمكتَرِي فسْخُ العقد، كما لو انقطع المُسَلَّم فيه عند المحلِّ، فإن فَسَخ، فالأجرة دَيْنٌ في ذمَّة الجَمَّال فإن لم يفْسَخ، فله مطالبةُ الجمال، إذا عاد بما التزمه، وإن كانت الإجارةُ إجارة عيْن، فللمكتري فَسْخُ العقْد، كما إذا نَدَّت الدابَّةُ، وإن تركها عنْد المُكْتَرِي، فإن تَبرَّع المكتري بالإِنْفاقِ عليها، فذاك، وإلا، راجع الحاكمَ؛ لينفق علَيْها، وعلَىٰ من يقوم بتعهُّدها من مال المكري، إن وجده، وإلاَّ، استقرْ مَن علَيْه كما ذكرنا، ثم إنْ وثق بالمكتري، سلَّم إليه ما اقترضه. لينفق عليها، إلاَّ، دفَعَه إلى مَنْ يثق به، وإذَا لم يجدْ مالاً آخَر، باع منها بقدر الحاجة؛ لينفِقَ علَيْها من ثَمَنِه، ولا يُخَرَّج على الخلاف في بيع المستأجر؛ لأنه محلُّ الضرورة، ويبقىٰ في يد المستأجر إلى انتهاء المدَّة، ولو لم يستقرِضِ الحاكِمُ من المكتري، ولكنْ أَذِنَ له في الإنْفَاقِ ليرجع، ففيه قولان:

أَظْهَرُهُمَا: الجواز، كما لو استقرض منه ودفَعَ إلَيْه.

---

(١) سقط في ز.

والثاني: المَنْعُ، ويُجْعَل متبرِّعاً؛ لأنا، لو جوَّزناه، لاَحتجنا إلى قبول قوله فيما يدَّعيه لنَفْسِه، وهو بعيدٌ، وإذا قلْنا بالأول، نُبَالِ به، وجعلْنا القول قوله، إذا اختلَفَا في قدر ما أنفق.

وعن صاحِب «التقريب» وَجْهُ آخر: إن القَوْلَ قولُ المكْرِي؛ لأن الأصْل براءةُ ذمَّتِه، ولو أنفق المكْتَرِي بغَيْر إذْن الحاكم مع إمْكَان مراجعته، لم يرجع، وإن لم يكن حاكمٌ، فعلى ما ذكرنا في عاملِ المُسَاقاة، إذا هرب، قال الإمام: ولو كان في الموضِع حاكمٌ، وعُسَر إثبات الواقعة عنْدَه، فكما لو لَمْ يكُنْ حاكمٌ، فإذا أثبتنا الرجُوعَ فيما إذَا أنفق من غَيْر مراجعَةِ الحاكم فلو اختلفا، فالقَوْل قولُ الجَمَّال؛ لأن اتِّفاق المكتري لم يستند إلى ائتمانٍ مِنْ جهَةِ الحاكم.

قال: وفيه احتمالٌ؛ لأن الشَّرْعَ سَلَّطَهُ علَيْه، فإذا انقَضَتْ مدَّةُ الإجارة، ولم يعد الجمَّال، باع الحاكم منها ما يَقْضِي بثمنه ما اقْتَرَضَ، ويحْفَظُ سائرها، فإن رأى بيعها لئلا يأكل بنفسها فعل.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَمَهمَا حَبسَ المُكْتَرِي الدَّابَّةَ حَتَّىٰ مَضَتِ المُدَّةُ اسْتَقَرَّتِ الأُجْرَةُ سَوَاءٌ قُدِّرَتِ المُدَّةُ أَمْ لاَ، عُيِّنَتِ الدَّابَّةُ أَمْ لاَ، فَإِنْ حَبسَ المكْرِي وَقُدِّرَتِ المُدَّةُ انْفَسَخَتْ، وَإِنْ لَمْ تُقَدَّرْ فَوَجْهَانِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وفيه مسألتان:

الأُولَىٰ: إذا اكترَىٰ دابَّةً، أو داراً مدَّةً وقبَضَها، وأمسَكهَا، حتَّىٰ مضَتِ المدَّة، انتهت الإجارةُ، واستقرَّتِ الأجرة، سواءٌ انْتفع بها في المدَّة أم لا، وليْسَ له الانتفاعُ بعد المُدَّة، ولو فعَل، لَزِمَه أجرةُ المثْل مع المسمَّىٰ، ولو ضبطت المنفعةُ بالعمل دون المدَّة، كما إذا استأجر دابَّةً ليركبها إلَىٰ بَلَدٍ، أو ليحمل عليها إلَىٰ موضِع معلوم، وقبضها وأمسكها عنْده، حتى مضَتْ مدَّة يُمْكِن فيها المسيرُ إلَيْه، فكذلك تَستقرُّ علَيه الأجرة؛ خلافاً لأبي حنيفة رضي الله عنه.

لنا: إن المُكْرِي مكَّنه من الانتفاع بأقْصَى المقدور عَلَيْه، فتستقر له الأجرةُ، كما لو كان الضبْطُ بالمدة، ولا فَرْق بين أن يكون تخلُّف المكتري لعُذْرِ، أو من غيْر عذْرِ، حتى لو تخلَّف؛ لخوفٍ في الطريق، أو لعدَم وُجْدانِ الرُّفقة، استقرَّت الأجرةُ عليه، وإن كان معذوراً من جهة أنَّه لو خرَجَ، والحالَة هذه، كان متعدِّياً ضامناً للدِّيَة، وإنما استقرَّت الأجرةُ عليه؛ لأن عِوَضها وهي منافعُ المدةِ تَلِفَتْ عنده على أنه متمكِّنٌ من السَّفَر عليها إلى بلدٍ آخَرَ، ومِن استعْمالها في البلد تلْكَ المدة، وليس للمكْتَرِي فَسْخُ العقد بهذا السبب، ولا أنْ يُلْزِمَ المكْرِيَ استردادَ الدابَّة إلى أن يتيسَّر الخروج، هذا في

إجارة العَيْن. فلو كانت الإجارةُ في الذِّمَّة، وسلَّم دابَّةً بالوصف المشروط، فمضَتِ المدةُ عند المكتري، استقرت الأجرة أيضاً؛ لتعيُّن حقه بالتَّسْليم وحصول التَّمكُّن. وقوله [في الكتاب] «عينت الدابة أم لا» عبارةٌ عن النوعين إجارةِ العَيْن، والإجارةِ في الذِّمَّة.

وقوله قبله: «قدرت المدَّةُ أم لا» إشارةٌ إلى الضبط بالمدة، والضبط بالمنفعة.

ولو كانتِ الإجارةُ فاسدةً، استقرَّ فيها أجرةُ المثْل بما يستقرُّ بها المسمَّىٰ في الإجارة الصَّحِيحة، سواءٌ انتفع بها أو لم يَنْتَفِع، وسواءٌ كانتْ أجرةُ المثْلِ أقلَّ من المسمَّىٰ، أو أكثر.

وقال أبو حنيفة: إن لم ينتفعْ، فلا شيْءَ عليه، فإن انتفع، فعلَيْه أقلُّ الأمرَيْن من المسمَّىٰ، وأجرة المثل.

ولو أجَّر الحرُّ نفْسَه مدَّةً لعملٍ معلوم، وسلَّم نفْسَه، فلَمْ يستعملْهُ المستأْجِرُ حتى مضَتِ المدة، أو مضت مدةٌ يُمْكِنُ فيها ذلك العمل، ففي استقرار الأجْرَةِ خلافٌ ذكرناه في الغَصْب. والظَّاهر الاستقرارُ، ويجري الخلافُ فيما إذا ألزم ذمة الحرِّ عملاً، فسلَّم نفْسَه مدَّةَ إمكانِ ذلك العَمَل، ولم يستعملْهُ، وسبَبُ الخلاف أن الحرَّ لا يدْخُلُ تحت اليد على ما قدَّمناه.

وأجرَىٰ صاحبُ «التتمة» الخلافَ فيما التزم الحُرُّ عملاً في الذِّمَّة، وسلَّم عبده؛ ليستعمله، فلم يستعمْلُه، فوجهه بما يقْتَضِي إثْباتَ الخِلاَفِ في كل إجارة على الذمَّة، ثم إذا قلْنا بعدم الاستقرار، فللأجيرِ أن يرفع الأمْرَ إلى الحكم؛ ليجبرَه على الاستعمال.

المسألة الثانية: أكْرَىٰ عيناً مدةً، ولم يسلِّمْها حتى انقضتِ المدَّةُ انفسخت الإجارة، لفوات المعقُودِ عليه، ولو أنه استوفَىٰ منفعَة المدَّة، حكَىَ المتولِّي فيه طريقَيْن:

أحدهما: أنَّهُ كما لو أتْلَفَ البائعُ المبيع قبل القَبْضِ.

والثاني: القطْعُ بالانفساخ؛ فَرْقاً بأن الواجبَ هناك بالإتْلافِ القيمةُ، وأنها قابلةٌ للبيع، فجاز أن يتعدَّىٰ حكْمُ البيع إلَيْها، وههنا ما تقدَّر وجوبه أجرةُ المثل، وأنها لا تَقْبَل الإجارة، فلا يتعدَّىٰ حكْمُ الإجارة إليها. ولو أمْسَكَهَا بعْضَ المدة، ثم سلَّم، انفسخت الإجارةُ في المدَّة التي تلِفَتْ منافعها، وفي الباقي الخلافُ فيما إذا تلِفَ بعضُ المبيع قبل القبْض، فإن قلْنا: لا تنفسخ الإجارةُ فللمستأجر الخيارُ، ولا يبدل زمانٌ بزمان، ولو لم تكنِ المدةُ مقدَّرة، واستأجرَ دابَّةً للركوب إلَىٰ بلدٍ، ثم لم يسلِّمْها، حتى مضتْ مدةٌ يمكن فيها المضيُّ إليه، ففيه وجهان يختار الإمام منهما أن الإجارةَ تنفسخ،

ووجَّهه بأن المدة، وإنْ ذُكِرَت، فليستْ معينةً، وإنما المطلوب المنفعةُ فيها، فليكن الاعتبارُ بمضيِّ زمان إمكان الانتفاع، وبأن المكتري حبسها هذه المدَّةَ، استقرَّت عليه الأجْرَةُ، كما لو حبسها إلى آخر المدَّة إذا كانتْ مذكورة في الإجارة، فإذا سوَّيْنا بيْن نوعَي الإجارة في حقِّ المكتري، وَجَب أن نسوِّيَ بينهما في حقِّ المكري.

وأظهرهما، وبه أجاب الأكثرون: أنها لا تنفَسِخ؛ لأنَّ هذه الإجارةَ متعلِّقة بالمنفعة دون الزمان، ولم يتعذَّر اَستيفاؤُها، ويخالفُ حبْس المكتري بأنا لو لم نقرِّر به الأجرَةَ لضاعَتِ المنفعةُ على المكْرِي، وعلَىٰ هذا، ففي «الوسيط» أنَّ للمكتري الخيار؛ لتأخُّر حقه، وروايةُ الأصحاب تخالِفُ ما رواه؛ فإنَّهم قالُوا لا خيار للمكتري، كما لا خيارَ للمشتَرِي، إذا امتنع البائعُ من تسليم المَبِيع مدَّةً، ثم سلَّمه، ولو كانتِ الإجارةُ في الذِّمَّة، ولم يسلِّم ما يستوفِي المنفعةَ منْه حتى مضَتْ مدة يمكنُ فيها تحصيلُ تلْك المنفعة، فلا فسْخ ولا انفساخَ بحالٍ، فإنَّه دَيْنٌ تأخَّر إيفاؤه.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **الثَّالِثُ مَا يَمْنَعُ اَسْتِيفَاءَ المَنْفَعَةِ شَرْعاً يُوجِبُ الْفَسْخَ كَمَا لَوْ سَكَنَ أَلَمُ السِّنِّ المُسْتَأْجَرِ عَلَىٰ قَلْعِهِ، أَوْ عَفَا عَمَّنْ عَلَيْهِ القِصَاصُ وَقَدِ اَسْتُؤْجِرَ (و) لِقَطْعِهِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: القسمُ الثالِثُ فواتُ المنفعةَ شَرْعاً، وهو كالفوات الحِسِّ في اقتضاء الانفساخ؛ لأنَّ تعذُّر الاستيفاء يَشْمُلُهُما، فإذا استأْجَرَ لقلْع سنٍّ وجعه أو قطْعِ يد متآكلة، أو لاستيفاءِ قصاصٍ في نفْسٍ، أو طَرَفٍ، فالظاهرُ صحَّةُ الإجارة، لكِنْ فيه شيْئان:

أحدهُما: كما قدَّمناه، فإذا قلْنا به، فلو زال الوجْع، وعفا عمَّن علَيْه القصاص، فقد أطْلَق الأكثرون القَوْلَ بانفساخ الإجارَةِ، لكنْ فيه شيئان:

أحدُهُما: أنَّ المنفعةَ في هذه الإجَارَة مضْبوطةٌ بالعَمَل دون المدَّة، وهو غير مأيُوسٍ منه لاحتمال عَوْدِ الوجع، فليكن زوالُ الوجع كغصب العين المستأجرة؛ حتى يثْبُتَ خيار الفسْخ دون الانفساخ، ولفظ الكتاب حيث قال: «يوجِبُ الفسخ» ظاهرُهُ يوافِقُ مالكاً إلاَّ أنه أراد الانفساخ، علَىٰ ما صرَّح به في «الوسيط».

والثاني: أن الشَّيْخ أبا محمَّدْ حَكَىٰ وجْهاً أنَّ الإجارة لا تنْفَسِخ، بلْ يستعمل الأجير في قلع وتدٍ، أو مسْمَارٍ، ويراعَىٰ تداني العمَلَيْن، وهذا ضعيفٌ، والقوي ما قيل؛ أنَّ الحكْمَ بالانفساخِ جوابٌ على أن المستَوْفَىٰ به لا يُبْدَل، فإنْ جوَّزناه، أجبر بقلع سنٍّ وجعةٍ لغيره.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَلَوْ مَاتَ البَطْنُ الأَوَّلُ مِنْ أَرْبَابِ الوَقْفِ بَعْدَ الإِجَارَةِ وَقَبْلَ مُضِيِّ المُدَّةِ فَالأَقْيَسُ (و) الانْفِسَاخِ لِأَنَّهُ تَنَاوَلَ مَا لاَ يَمْلِكُهُ، وَلَوْ آجَرَ الوَلِيُّ الصَّبِيَّ أَوْ دَابَّتَهُ مُدَّةً تَجَاوِزُ البُلُوغَ لَمْ يَجُزْ، فَإِنْ قَصُرَتْ فَبَلَغَ بِالاحْتِلاَمِ عَلَىٰ قُرْبٍ، فالأَقْيَسُ أَنَّهُ لاَ يَنْفَسِخُ إِذْ**

بُنِيَ العَقْدُ لَهُ عَلَى المَصْلَحَةِ، وَإِنْ أُعْتِقَ العَبْدُ المُكْرِي لَمْ تَنْفَسِخْ (و) الإِجَارَةُ، وَلاَ خِيَارَ (و) لِلْعَبْدِ، وَلاَ يَرْجِعُ بِالأُجْرَةِ عَلَى السَّيِّدِ فِي أَقْيَسِ الوَجْهَيْنِ، وَنَفَقَتُهُ عَلَى بَيْتِ المَالِ فِي هَذِهِ المُدَّةِ، وَقِيلَ: إِنَّهَا عَلَى السَّيِّدِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الفصْلُ يشتملُ على ثلاث مسائل:

الأُولىٰ: إجارةُ الوَقْف يُفْرَضُ تارة من الموقُوف عليه، وأُخرَىٰ من المتولِّي، وبيان الحالَتَيْن موكول إلى «كتاب الوقْف» فإذا أجَّر البَطْنَ الأوَّلَ من الموقوف علَيْهم، ثم مات في أثناء المدَّة، فأحد الوجهَيْن: أن الإجارة تبْقىٰ بحالها؛ لأنَّها لازمةٌ، فلا تتأثَّر بموْتِ العائد، كما لو أجَّر ملكه.

وأصحُّهما: المَنْعُ؛ لأنَّ المنافع بعْد موته لغيره، ولا ولايةَ له علَيْه، ولا نيابةَ عَنْه، فلا يمكِنُه التصرُّف في حقِّه، وسواء الوجهان على أن البطن الثانِيَ يتلقَّىٰ الاستحقاق من الأوَّل، أو من الواقِف، إن قلْنا بالأول، فالإجارةُ بحالها، كما لو أجَّر ملكه، ومات في المدة، وإنْ قلْنا بالثاني، فلا ثُمَّ عبارة المعْظَم في المسْألة «الانفِسَاخُ وعدمه» فقالوا: في وجْهٍ: ينفَسِخ الإجارَةُ وفي وجه لا تنفَسخ، ولم يستَحْسِنْها الصَّيْدَلاَنِيُّ والإمام وطائفةٌ؛ لأن الانفساخ يُشْعِر بسَبْق الانعقاد، وردُّوا الخلاف إلَىٰ أنَّا، هل نبيِّن البطْلاَنَ؛ لأنا تبيَّنَّا أنه تصرُّف فيما لم يَمْلِكْه؟ وإذا حكَمْنا ببقاءِ الإجَارة، فحِصَّة المدَّة الباقيةِ منَ الأجْرة تكونُ للبَطْنِ الثَّاني، فإنْ أتلَفَها الأوَّلُ، فهيَ دَيْن في تركته، وليْسَ هذا كما إذا أجَّر ملكه، ومات في المدَّة؛ حيث تكونُ جميع الأجرة تركةً له تقضي منْها ديونَهُ، وتنفُذ وصاياه، وفَرَقُوا بأنَّ التَّصَرُّفَ هناك ورَدَ على خالِصِ حَقِّه، والباقي له بعْد الإجارة رقبةٌ مسلوبةُ المنفعةِ فِي تلْك المدة، فينتقلُ إلى الوارث كذلك.

وإن قلنا: إنَّها لا تبقَىٰ، فهل تبطلُ فيما مضى؟

قال ابْنُ الصَّبَّاغ: يُبْنَىٰ على الخِلاَفِ في تفْريق الصَّفْقة، إن قلنا: لا نُفَرِّق، كان للبطْنِ الأول أجرةُ المثْل؛ لما مَضَىٰ. وأما إذا أجَّر الوقف المتولِّي، فموته لا يؤثِّر في الإجارة؛ لأنَّه ناظرٌ للكل، ولا يختصُّ تصرُّفه ببَعْض الموقُوف علَيْهم.

وحكى القاضي الرُّويانيُّ وجهاً آخر أنَّهَا تَبْطُل، فهو كالخِلافِ فيما إذا أجَّر الولِيُّ الصَبيَّ، فبلغ في المدة بالاحتلام[1].

المسألة الثالثة: للوليِّ إجارة الطفلِ ومالِهِ، أباً كان أو وصيّاً، أو قَيِّماً، إذا رأى المصلحةَ فيها، لكن لا تجاوزُ مدةَ بلوغِهِ بالسِّنِّ، فلو أجَّره مدَّةً، فبلغ[2] في أثنائها؛ بأن

---

(١) في د: فبلغ بالاحتلام في المدة الباقية.

(٢) في ز: يبلغ.

كان ابن تسع، فأجَّره عشرَ سِنينَ، فطريقان: قال الأكثرون: يبطُلُ فيما يزيدُ عَلىٰ مدة البلوغ، وفيمَا لا يزيدُ قولاَ تَفريقِ الصَّفقة، وقطَع بعْضُهم بالبُطْلان، كما إذا أَجَّر الراهِنُ المرْهُون مدَّة يحل الدين قبْل ٱنقضائها، وهذا أصحُ عند صاحبِ «التهذيب»[١] ويجوزُ أنْ يؤجِّر مدةً لا يبلغ فيها بالسِّنِّ، وإن ٱحتمل أنْ يبلغ بٱلاَحتلام؛ لأن الأصلَ دوامُ الصبا، فلو اتفقَ ٱلاَحتلام في أثنائها، فوجهان:

أَظْهَرُهُمَا: ما ذكره الشَّيْخ أبو إسحاق الشِّيرَازِيُّ والقاضي الرُّويَانِيُّ في «الحلية»: أن الإجارة تبْقَىٰ؛ لأنَّه كان وليّاً حين تصرَّفَ، وقد بنى تصرُّفَه على المصلحة فيلزم.

والثاني: لا يَبْقىٰ؛ لأنَّا تبيَّنا أنَّه زاد علَى مُدَّة ولايته، وهذا أصحُ عند الإمام والمتولِّي[٢]، ثم التعبير عن محل الخلاف بٱلاَنفساخ، أو تبيُّن البطلان كما ذكرنا في حكم المسألة.

وإذا قلْنا: لا تبْقَى الإجَارَة، فيجيءُ فيما مضَىٰ خلافُ تَفْرِيقِ الصَّفْقة.

فإن قلْنا: تبقىٰ، فهل له خيارُ الفَسْخ، إذا بلغ؟ فيه وجهان:

أَظْهَرُهُمَا: لا كما لو زوَّج ابنته، ثم بلغت، لا خيار لها.

والثاني، وبه قال أبو حنيفة رضي الله عنه: يَثْبُتُ؛ لأنَّ التصرُّف كان لمصلحته، وهو أعرف بمصلَحَتِه عنْد البُلُوغ، ويخالِف النِّكاح، فإنَّه معقودٌ للدوام. ولو أجَّر الوليُّ مال المجنون، فأفاق في أثْناء المدَّة، فهو في معْنى البلوغ بٱلاِحتلام.

المسألةُ الثَّالِثَةُ: إذا أكرى عَبْداً، ثم أعتقه، نفذ؛ لأنَّ إعتاق المغصُوب والآبِقِ نافذ، فهذا أولَىٰ، وهل تَنْفَسِخ الإجَارَةُ؟

الصحيحُ، وهو المذكور في الكتاب: أنَّهَا لا تنْفَسِخ[٣]؛ لأن السَّيِّد أزال ملكه[٤] عن المنافع مدَّةَ الإجارة قبْل العتق، فالإعتاق يتناولُ ما بَقِيَ ملكاً له، وأيْضاً فإنه أجَّر

---

(١) قال النووي: واختاره أيضاً ابن الصباغ.

(٢) قال النووي: في زيادة: صحح الرافعي في «المحرر» الثاني وتعصب بأنه الذي صححه في المحرر وتبعه في المنهاج هو الأول وقضيته أنه لا فرق بين بلوغه سفيهاً أو رشيداً وقيد ابن الرفعة في المطلب ذلك بكونه رشيداً وأطلق الماوردي أن الأب أو الوصي إذا أجر الطفل ثم بلغ في مدة الإجارة رشيداً أن الإجارة فاسدة، وقال الشيخ ابن الرفعة أيضاً وإنما قيدت الوجهين بحالة الرشد لأجل ما ذكرته من قبل يعني من دوام الولاية.

(٣) عبر في المنهاج بالأصح، وعللوه بأنه تبرع بإزالة ملكه، ولم تكن المنافع له وقت العتق، فلم يصادف العتق.

(٤) في د: الملك.

ملكه ثم طرأ ما يُزِيلُ المُلْكَ، فأشْبَه ما إذا أجَّر، ثم مات.

وعن صاحب «التقريب» وَجْهٌ آخَرُ: إنَّهَا تنفَسِخ كما إذا مات البطْنُ الأوَّل، وإذا قلْنا بالصحيح، فهل له الخيارُ، إذا أعتق؟ فيه وجهان:

أَحَدُهُمَا: نعم، كما لو أُعْتِقَتِ الأمَةُ تحت الزَّوْج الرَّقيق.

وأَصَحُّهُمَا: لا؛ لأنّه تصرَّف لنفسه في خالِصِ مِلْكه، فلا وجْهِ لِلاَّعتراض علَيْه، وهذا هو المذكورُ في الكتاب، وعلَىٰ هذا، ففي رجُوعه على السَّيِّد بأُجْرةِ المِثْل للمدَّة الواقِعَة بعْد العتْق وجهان في رواية بعْضهم، وقولان في رواية آخرين:

أَحَدُهُمَا: يرجع؛ لأن المنافع تُسْتَوْفَىٰ منْه بسببٍ من جهة السَّيِّد قَهْراً فصار كما لو أكْرَهَهُ على العمل.

وأصحهما، وهو الجديد في روايةِ مَنْ جعَلَهُما قولَيْن: أنه لا يرجع؛ لأنّه تصرَّف في منافعه حين كانَتْ مستحَقَّةً له بعَقْدٍ لازمٍ، فصار كما لو زوَّج أمته، واستقرَّ مَهْرُها بالدُّخُول، ثم أعْتَقَها لا يرجع بشيْءٍ، لما يستوفيه الزَّوْج بعد العتق، فإن قلْنا: يرجع، فنفقتُهُ في تلْك المدَّة على نَفْسِه؛ لأنه مالِكٌ لمنفعته، وإذا قلْنا: لا يرجع، فوجهان:

أحدهما: أنَّها على السَّيِّد لإدامته الحَبْسَ عليه، ولأنَّه كالباقي علَىٰ ملكه من حيثُ إنَّ منافعه له.

وأشْبَهُهما: أنَّها في بيْتِ المَالِ؛ لأنَّ السيِّد قد زال مِلْكُه عنه، وهو عاجزٌ علَىٰ تعهُّد نفسه[١]. وإذا ظهر بالعبْد عيْبٌ بعد العتق، وفسخ المستأجر الإجارة، فالمنافِعُ للعتيق[٢] إنْ قلنا برجوعه على السَّيِّد بأجرة المِثْل، وإلاَّ، فهو له أو للسَّيِّد؟ فيه وجهان[٣].

ولو أجَّر عبده، ومات، وأعتقه الوارثُ في المدة، ففي انفساخ الإجَارَةِ ما سبَقَ منه الخِلاَف، لكن إذا قلْنا بعدم الانفساخ، فلا خلافَ ههنا في أنه لا يرجِعُ على المُعْتق ههنا بشيْء.

ولو أجر أم ولده ومات في المدة عَتَقَتْ وفي بُطْلاَن الإجَارَةِ الخلافُ المذكُور فيما إذا أجَّر البطْنَ الأوَّل، ومات، وكذا الحكم في إجارة المعلَّق عتقُهُ بصفةٍ[٤].

---

(١) قال النووي: فإن قلنا: النفقة على السيد، فوجهان. أحدهما: تجب بالغة ما بلغت، وأحدهما: يجب أقل الأمرين من أجرة مثله وكفايته.

(٢) في ب: للمعتق.

(٣) قال النووي: الأصح كونها للعتيق.

(٤) في ز: على صفة.

قال في «التَّهذيب»: وإنَّما يجوز إجارته مدَّةً لا تتحقَّق وجود الصفة فيها، فإن تحقَّقَ، فهو كإجارة الصبيِّ مدةً يتحقق بلوغُه فيها[١]. وكتابة العَبْدِ المأذون جائزةٌ عند ابن القَطَّان، وغيرُ جائزةٍ عند القاضي ٱبْنِ كج[٢]؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه التصرُّف لنفسه، فإن جوَّزناه، عاد الخلافُ في الخيار، وفي الرجُوع على السَّيِّد[٣].

وقوله في الكتاب في المسألة الأُولىٰ «فالأقيس الانفساخ»، وفي المسألة الثانية «فالأقيس أنه لا ينفسخ» وجه ٱفتراقِهما في القياسِ أنَّ البطْنَ الأوَّل لا يلي أمر الثاني، وإنَّما هو متصرِّفٌ لنفسه، فإذا جاوَزَ حقَّه، فالقياسُ البُطْلان، وفيما إذا بلغ الصبيُّ بٱلاَحتلام، فالوليُّ عاقد للصبيِّ مراعٍ لمصلحته، فالقياسُ إمضاء تصرُّفه، كما إذا أجر المتولِّي، وفي لفظة «ٱلاَنفساخ» في المسألتين مناقشةٌ ذكرناها، وأمَّا في مسألة إعتاق العبد المكْري، فلا مناقشة فيها.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلَوْ بَاعَ الدَّارَ المُسْتَأْجَرَةَ مِنَ المُسْتَأْجِرِ صَحَّ وَلَمْ يَنْفَسِخِ الإِجَارَةُ عَلَى الأَصَحِّ (و) فَيَسْتَوْفي المَنْفَعَةَ بِحُكْمِ الإِجَارَةِ، وَكَذٰلِكَ يَصِحُّ لِلمُسْتَأْجِرِ إِجَارَةُ الدَّارِ مِنَ المَالِكِ كَمَا يَصِحُّ مِنَ الأَجْنَبِيّ، وَقِيلَ: إِنَّ الإِجَارَةَ وَالمِلْكَ لاَ يَجْتَمِعَانِ كَالنِّكَاحِ والمِلْكِ، وَلَوْ بَاعَ الدَّارَ مِنْ غَيْرِ المُسْتَأْجِرِ صَحَّ (و) البَيْعُ فِي أَقْيَسِ الوَجْهَيْنِ وَٱسْتَمَرَّتِ الإِجَارَةُ إِلَى آخِرِ المُدَّةِ، وَفِي ٱسْتِثْنَاءِ المَنْفَعَةِ عَنْ بَيْعِ الرَّقَبَةِ شَرْطاً خِلاَفٌ (و) مَأْخُوذٌ مِنْ جَوَازِ بَيْعِ المُسْتَأْجِرِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا باع العَيْن المستأجَرَةَ، فإمَّا أن يبيعَهَا من المُسْتَأْجِرِ، أو غَيْرِهِ.

القِسْمُ الأَوَّلُ: البَيْعُ من المستأجِرِ، وهو صحيحٌ؛ لأن المِلْكَ في الرقبة خالصُ حقِّه، وعقْد الإجارة إنَّما ورد على المَنْفَعَة، فلا يُمْنَعُ منْ بيْع الرَّقَبة كما أن تزويجَ الأمة لا يَمْنَعُ من بَيْعها، ثم في الإجارة وجهان:

أحدهما: وبه قال ابن الحَدَّادَ أنَّها تنفَسِخ؛ لأنَّه إذا ملك الرَّقَبَة، حدَثَت المنافعُ علَىٰ ملكه تابعةً للرقبة، وإذا كانَتِ المنافعُ مملوكةً له، لم يبْقَ عقد الإجارة علَيْها، كما

(١) قال النووي: هذا الذي قاله البغوي ظاهر إن منعنا بيع العين المستأجرة، فإن جوزناه فينبغي أن يقطع بجواز إجارته هنا، لأنه متمكن من بيعه وإبقاء الإجارة إلى انقضاء مدتها، بخلاف مسألة الصبي، لكن قد يقال: وإن تمكن فقد لا يفعل.

(٢) قال النووي: الثاني أقوى.

(٣) قال النووي: ومن مسائل الفصل، ما ذكره ابن كج، وهو خارج عن القواعد السابقة: أنه لو أكرى داراً لعبد ثم قبض العبد وأعتقه، فانهدمت الدار، رجع على المعتق بقدر ما بقي من المدة من قيمة العبد.

أنه لو كان مالِكاً في الابتداء، لم يصحَّ منه الاستئجار، وهذا كالنكاح، فإنَّه كما لا يجوزُ أن يتزوَّج أمته كذلك لو اشترى زوجته، ينفسخُ النكاح، ويعبر عن هذا الوجه بأنَّ الإجارة والملْكَ لا يجتمعان.

وأصحُّهما أنَّهَا لا تنفسخ؛ لأنه ملك المنافع أوَلاً ملكاً مستقرّاً فلا يبطل بما يطرأ مِنْ ملك الرَّقَبة، فإن كانتِ المنافعُ يتبَعُها أولاً الملْكُ الأوَّل، كما أنه إذا مَلَك ثمرةً غير مؤبَّرة، ثم اشترى الشَّجرة، لا يَبْطُل ملْك الثمرة، وإن كانتِ المنافع تدخُلُ في الشِّراء، لو لم يملكها أولاً، وفرَقُوا بين النِّكاحِ وما نحنُ فيه بأنَّ ملْكَ الرقَبة في النكاح يغْلِب ملك المنفعة؛ ألا تَرَىٰ أن سَيِّدَ الأمة، إذا زوَّجها لا يجب عليه تسليمها، وإنْ قَبَض الصداق، وفي الإجارةِ ملْكُ المنفعة، يَغْلِبُ ملْكَ الرقبة؛ فإنَّ المؤجِّر، إذا قبض الأجْرَةَ، يجب عليه تسليم العين، وأيضاً فإنَّ المؤجِّر، لم يكن مالكاً للمنفعة حين باع، فلا تصير تلْكَ المنافعُ ملكاً للمشتَرِي بالشِّراء، والسَّيِّد مالكٌ لمنفعة بُضْع الأمة المزوَّجة؛ ألا ترَىٰ أنَّها، لو وُطِئَتْ بالشُّبهة، يكون المهرُ له لا للزَّوْج؟ فإذا باع تقع منافعُ البُضع المملوكة له رقبتها، وملكها الزَّوْج بالشِّراء، فانفسخ النكاحُ، فإنْ قلْنا: بالانفساخ، فهلْ يرجع المستأجر على المؤجِّر بأجْرةِ بقيَّة المدة؟ فيه وجهان:

أحدُهُمَا: لا، وبه قال ابن الحدَّاد؛ لأن المنافع قائمة في يَدِه، وأيضاً، فإنَّه لو اشترَىٰ زوْجَته، لا يسقُطُ المَهْر.

وأَصَحُّهُما: أنه يرجع؛ لأنَّ الأجرةَ، إنما تستقر بسلامة المنفعة للمستأجِرِ علَىٰ موجِبِ الإجارة، فإذا انفسخَتِ الإجارة، سقَطَتِ الأجرةُ كسائر أسباب الانفساخِ، ويخالفُ المهْر، فإنَّ استقراره لا يتوقَّف على سلامة المنْفَعَة للزَّوْج، بدليلِ ما إذا ماتَتْ.

ولو فسخ المستأجِرُ البَيْعَ بعَيْبٍ، لم يكُنْ له الإمساك بحُكْم الإجارة؛ لأنَّها قد انفسخَتْ بالشراء.

ولو تلفت العيْنُ لم يرجعْ على البائع بشيء؛ لأن الإجارة غَيْرُ باقية عنْد التَّلَف حتى تتأثَّر به. وعلى الوَجْه الثَّاني: وهو أنَّ الإجارة لا تَنْفَسِخ بالشِّراء، ففي صورَةِ فسْخ البيع بالعيْبِ، له الإمسَاكُ بحُكْم الإجارة، ولو فسخ عقْد الإجارة، رجَع على البائع بأجرة بقيَّة المدَّة، وفي صورة التَّلَف تنْفَسِخ الإجارةُ بالتَّلَف، وحكْمُه ما سَبَق، وتتخرَّج على الخلاف في أنَّ الإجارة والمِلْك، هَلْ يجتمعان؟

مسائل:

منْها: إذا أوصَىٰ لِزَيْدٍ برقبة دارٍ، ولعمْرٍو لمنفعتها، فأجَّرها عمروٌ من زَيْدٍ، ففي

صحَّة الإجارة الوجهان(١).

ومنها: لو مات المستأجر، وورثه المؤجّر، ففي انفساخ الإجارة الوجهان.

ومنها: لو أجر العيْنَ المستأجَرَة منَ المالِكِ، فأحد الوجهين المَنْعُ، ويُحْكَىٰ عن ابن سُرَيْج؛ لاْجتماع الإجارة والمِلْك، وأيْضاً، فإنَّ المُكْرِيَ يطالَبُ بالتسليم مدَّة الإجارة، فإذا اكْتَرىٰ ما أكْرَىٰ، كان مُطَالِبَاً ومطَالَباً في عقْدٍ واحدٍ، وذلك لا يُحْتَمَلُ إلاَّ في حقِّ الأبِ والجَدِّ في مال الصغير وأصحُّهما، وهو المنصوصُ الجوازُ، كما يجوز أن يشْتَرِيَ شَيْئاً، ثم يبيعه مِنْ بائعه، وبهذا الوجه أجاب ابْنُ الحَدَّادِ في هذه المسْألَةَ، وعُدَّ ذلك من مناقضاته؛ لأنَّه حكم بأنْفِسَاخ الإجَارة، إذا اشْتَرَى المستأجر ما استأْجَره لامتناع اجتماع الملك والإجَارة، وإنَّه لازمٌ ههنا ولا فرْقَ بين أن يكتري ثم يَمْلِك، وبين أن يملك ثم يكْتَرِيَ.

قال الشيْخُ أبو عَلِيٍّ: فإنْ قال من نصره: الاسْتِئجارُ السابقُ لم يَمْنَع صحَّة الشراءِ اللاحِقِ، كذلك المِلْكُ السابِقُ وجب ألاَّ يَمْنَع صحَّة الاْستئجار اللاحق، لكنْ تنفَسِخ الإجَارَة، إذا حَصَلَ الاْجتماع، كما انْفَسَخَتْ هناك.

فالجوابُ أنَّ ما ينفسخ إذَا كانَ سابِقاً، وجب ألاَّ يصحَّ، إذا طرأ على ما لا ينقطع؛ ألاَ تَرَىٰ أن النكاح، لما انفسخ، إذا كَانَ سابِقاً. لم يصحَّ، إذا طرأ على الملك؟

ومنها: إذا أجَّر داراً مِن اْبنه، ومات الأبُ في المدة، ولا وارِثَ له سوى الابن المستأجر، وعلَيْه ديونٌ مستغرقةٌ، فيبنى أولاً علَىٰ أن الخلاف في أنَّ الوارث، هل، يملك التركةَ، وهناك دَيْنٌ مستغرقٌ؟

إن قلْنا: لا يَمْلِكُ، بَقِيَتِ الإجارة بحالها، وإن قلْنا: يَمْلِكُ، وهو ظاهرُ المذهب، فعلَىٰ أَظْهَرِ الوجهَيْن؛ لا تنفسخ الإجارة، وعلى الثاني الذي إلَيْه ابنُ الحَدَّادِ: تنفسخ؛ لأنَّ الملك طرأ على الإجارة، كما لو طرأ بطريقِ الشراء، وادَّعَى القاضي الرويانيُّ أنَّ هذا ظاهرُ المذهَبِ، وإذا انفسخت الإجارةُ، قال ابن الحدَّاد: اْلاْبْنُ غريم يُضَارِب بأجرة بقيَّة المدة مع الغرماء، وهو خلافُ قوله في الشِّراء، أنه لا يرجع، فمِنْهم من تكلَّف له فرقَيْن:

أَحَدُهُمَا: أنَّ اْلاْنفساخَ في صُورة الشِّرَاء حَصَلَ باْختيار المسْتَأْجر، وفي الميراث لا صُنْع للمستأجر، فلا يَسْقُط حقُّه.

---

(١) لأن الملك لا ينافيها؛ ولهذا يشتري ملكه من المستأجر وأجاب على الثاني بأنه إنما ينتقل إلى المشتري ما كان للبائع والبائع حين البيع ما كان يملك المنفعة بخلاف النكاح، فإن السيد يملك منفعة بضع أمته المزوجة بدليل أنها لو وطئت بشبهة كان المهر للسيد لا للزوج.

والثاني: أن هناك، الإجارةُ، وإن انفسخت، فلا يَخْرُج البائع منْ يده، وههنا يخْرُج؛ لأن الدار تُبَاع في الدُّيُون، وهما ضعِيفانِ عنْد المُعْتَبَرِينَ.

أما الأوَّل: فلأنَّه، لا فَرْق في سقُوط الأجرة بيْن أن يَفُوت المنافع، ويحصل الانفساخُ بفِعْله أوْ لا بِفِعْله؛ ألاَ تَرَىٰ أَنَّ هدْم المستأجر الدارَ كانْهدامها.

وأما الثاني: فلأن بقاء المنافِع هناك ليس من مقتضى الإجارة، بل لأنها مملوكةٌ بالبَيْع والتملُّك بغير جهة الإجارة لا يقتضي استقرارَ عِوَض الإجارة، وهذا كما لو تقايلا البيع، ثم وهب البائعُ المَبِيعَ من المشتَرِي، لا يستقر عليه الثَّمَنُ. ولو مات [الأبُ] المؤجِّر عن ابنَيْنِ؛ أحدهما المستأجر، فعلى أظهر الوجهين؛ لا تنفسخ الإجارَةُ في شَيْءٍ من الدار، ويَسْكُنُها المستأجر إلى انقضاء المدة، ورقبتها بيْنَهما بالإرْث.

وقال ابن الحَدَّاد: تنفسخُ الإجارة في النِّصْف الذي يملكه المُسْتأْجِر، وله الرجوعُ بِنِصْف أجرةَ ما انفسخ العقْد فيه، لأنَّه قضيَّة الانفساخ في النِّصْف الرجوعُ بنصْف الأجْرَة، لكنه خلف ابنَيْن، والتركةُ في يدهما، والدَّيْن الذي يلحقها يوزَّع، فيخص الرَّاجِع الرُّبُع، ويرجع بالرُّبُع على أخيه فإن لم يترك الميت شيئاً سوى الدَّارِ، بيعَ من نصيب الأخ المرجُوعِ علَيْه بقَدْر ما يثبت به الرُّجُوع، وهذا مستبعدٌ عند الأئمة؛ لأن الابْنَ المستأجِرَ وَرِثَ نصيبَه بمنافِعِه، وأخوه وَرِثَ نصيبه مسلُوبَ المنفعة، ثم قد تكُون أجْرةُ مثْل الدار في تلْك المدَّة مِثْلَى ثمنها، فإذا رجَع علَى الأخ برُبُع الأجرة، احتاج إلَىٰ جميع نصيبه، فيكونُ أَحَدُهما قد فاز بجميع نَصِيبِهِ، وبِيعَ نصيبُ الآخر وحْده في دَيْنِ المَيِّت. قال الشيخ أبو عَلِيٍّ: ولو لم يحلف إلاَّ الابْنُ المستأجرُ، ولا دَيْنَ عليه، فلا فائدةَ فِي الانفساخ ولا أثر له؛ لأنَّ الكلَّ له، سواءٌ أخذ بالإرْث، أو مدَّة الإجارة بالإجَارة، وبعْدها بالإرْث، وسواءٌ أخذ بالدَّيْن أو بالإرْث.

وممَّا يلتحق بصُور الفَصْل ما لو أجَّر البطْن الأوَّل الوقْف من البطْن الثانِي، ومات المؤجّر في المدة، فإن قلْنا: لو أجَّر من الأجنبيِّ، ارتفعت الإجارةُ، فههنا أَوْلىٰ، وإلاَّ، فوجْهان من جهة أنَّه طرأ الاستحقاق في دوامِ الإجَارَة، فأشْبَهَ ما إذا طَرَأَ المِلْك.

قال الإمامُ: وهذه الصورةُ أَوْلىٰ بارتفاع الإجارة؛ لأنَّ المالك يستحِقُّ المنفعة؛ تبعاً للرقبة، والموقوفُ علَيْه يستحقُّها؛ مقصوداً لا بالتبعيَّة، وليكن هذا الترتيبُ مبنيّاً علَىٰ أنَّ الموقوفَ عَلَيْه لا يملك الرَّقَبة.

أمَّا إذا قلْنا: إنَّهُ يَمْلِكُها، فيمكن أن يُقَالَ: هو كالمالك في استحْقاق المنْفَعَة؛ تبعاً للرقبة. وقوله في الكتاب: «وقيلَ إنَّ الإجَارَةَ والمِلْكَ لا يجتمعان» يصحّ ردُّه إلى الصورتين المذكورتَيْن قبْله، يعني: فينفسخ الإجارةُ، إذا باع المستأجر من المستأجر، ولا تصحُّ إذا أَجَّرَ المستأجرُ ما استأجر المالك.

القِسْمُ الثَّاني: البيْعُ من غيْر المستأجِر، وفيه قولان:

أَصَحُّهُمَا عند الأكثرين: أَنَّهُ صحيحٌ[١]، وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله لأن الإجارة إنَّما تردُ على المنفعة، فلا تمنع بيْع الرقبة كالتَّزويج.

وأصحُّهما عند الشيخ أبي عليٍّ بطلانُهُ؛ كبيع المرهون مِنْ غَيْر المرتهن؛ لأنَّ يد المستأجر حائلةٌ، وهما جاريان أذن المستأجر أو لم يأْذِن قاله في «التتمة».

وعند أبي حنيفةَ: ينعقد البيعُ؛ موقوفاً علَىٰ إجازة المستأجر، فإن إجازة، نفذ، وبطلَت الإجارة، وإنْ ردَّ، بطل.

وإذا قلنا: بالصحة لم تَنْفَسِخِ الإجارة كما لا ينفسخُ النكاحُ بِبَيْعِ الأمةِ المزوَّجة، ويترك في يد المُسْتَأْجر إلى انقضاءَ المُدَّة، وللمشتَرِي فسْخُ البيع، إنْ كان جاهلاً، وإن كان عالماً، فلا فَسْخ له، ولا أجرة لتلْكَ المدة، وكذا لو كان جَاهِلاً وأجاز، ذكره في «التهذيب» ويُشْبِهِ أن يكونَ على الخلاف في مدَّة بقاء الزرع، إذا باع أرضاً مزروعةً، ولو وَجَدَ المستأجر به عَيْباً، أو فَسَخ الإجارة أو عرض ما تنفسِخُ به الإجارةُ، فمنفعةُ بقيَّة المدَّة لمن تكون؟ فيه وجهان:

أحدهما، وهو جواب ابن الحدَّاد، للمشتري؛ لأن الشراء يقْتَضِي اُستحقاق الرقبة والمنفعة جميعاً، إلاَّ أن الإجارة السابِقَةَ كانَتْ تمنع منه، فإذا انفسخَتْ، خلُص المالُ له بحقِّ الشراء، وهذا كما إذا اشترى جارية مزوَّجة، وطلَّقها زوْجُها تكونُ منفعةُ البُضْعِ للمشتري، ولَيْسَ للبائع اَلاَستمتاع بها، ولا تَزَوُّجها من الزَّوْج المُطَلِّق.

والثاني، وبه قال أبو زيد: للبائع لأنه لم يملك المشتري منافعَ تلْك المُدَّة، وبَنَىٰ

---

(١) أطلق المصنف الصحة وهي قصيدة بأمرين.

أحدهما: أن تكون الإجارة لمدة، فأما الإجارة التي يذكر فيها العمل خاصة، كما لو استأجر دابة للركوب إلى بلد كذا، فالبيع ممتنع قولاً واحداً؛ لجهالة مدة السير، صرح به أبو الفرج في تعليقه نقله في الخادم.

الثاني: أن تكون المدة معلومة، فلو اشترى مأجوراً جاهلاً بمدة الإجارة، قال في الخادم: فالظاهر بطلان البيع، وكلامهم بالصحة محمول على ما إذا علم بها، وبذلك صرح الرافعي في باب الأصول والثمار حيث قال: فيصح بيع الأرض المزروعة على المذهب، ومنهم من خرجه على الخلاف في بيع الدار المستأجرة، قال ورده الجمهور بأنه لو كان في معنى تلك الصورة لوجب أن يقطع بالفساد؛ لأن مدة بقاء الزرع مجهولة، أي: وجهالة المدة تمنع صحة البيع قطعاً بدليل الاتفاق على منع بيع الدار التي استحقت المعتدة بالإقرار إسكانها، ويستثنى من محل الخلاف البيع الضمني، فإنه يصح بلا خلاف، وما إذا هرب بالمال وباع الحاكم جزءاً من المال كما هو مقرر في موضعه.

أبو سعيد المتولِّي الوجهَيْن على أن الردَّ بالعيب يرفع العقْد منْ أصله، أو من حينه إن قلْنا: بالأول، فهو للمشتري، وكأنَّ الإجارَةَ، لم تكُنْ، وإن كان من حِينِهِ فللبائع؛ لأَنَّهُ لا يوجَدُ عنْد الردِّ ما يُوجِبُ الحقَّ للمشتري[١]، قال: لو تَقَايَلاَ الإجارَةَ، فإن جعلْنا الإقالة عقْداً فَهِيَ للبائع، وإن جعْلناها فَسْخاً، فكذلك على الصَّحيح؛ لأنَّها ترفع العقْد من حينها لا محالة، وإذا حَصَلَ الانفساخُ رُجَع المستأجر بأجرةِ بقيَّة المدة على البائع.

قال القاضي ابْنُ كج: ويُحْتَمَلُ أنْ يقالَ: يرجعُ على المشتري، وليكنْ هذا مُفَرَّعاً على أنَّ المنفعةَ تَكُونُ للمشتري؛ لأنَّه رضي بالمبيع ناقصَ المَنْفعة، فإذا حَصَلَتْ له المنفعة، جاز أن يؤخَذَ منه بدَلُها، والقولان في بَيْع المُسْتأجَر يجريان في هبته، وتجوزُ الوصيَّة به. ولو باعَ عيْناً، واستثنىٰ لنفسه منفعتَهَا شهْراً أو سنَةً، ففيه طريقان:

أَحَدُهُما: ويُحْكَي عن ابن سُرَيْج: أنَّه على القولَيْن في بَيْع الدَّار المُسْتأجرة؛ لأنه إذا جاز ألاَّ تكونَ المَنَافعُ للمشتري مدَّةً بل يكونُ للمستأجر، كذلكَ جازَ أن تكون للبائع ويدُلُّ على الجواز أن جابراً ـ رضي الله عنه ـ باعَ في بَعْض الأسْفَارِ بَعِيراً مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَلَىٰ أَنَّ يَكُونَ لَهُ ظَهْرَهُ إِلَى المَدِينةِ[٢].

والثاني: القَطْعُ بالمَنْع؛ لأن إطلاق البَيْع يقتضِي دخولَ المنافع الَّتي تَمَلَّكَهَا البائعُ في العقْد، والاستثناء غير مقتضاه، فيمنع منه، وفي بَيْع المستأجر لَيْسَت المنافع مملوكة للبائع، وأيضاً، فإنَّ ٱستثناء المنفعة اشتراطُ ٱلاَمتناع من التَّسليم الذي هو مقتضَى العَقْد، فلا يُمْكِن أن يقدَّم كون البائع نائباً عن المُشْتَري في اليد والقبْض، لكنْ يجوز أن تُقَام يدُ المستأجر مُقَام يد المشتَري، ويُقَال: إنَّهُ يملك المال لِنَفْسِه بالإجارة، وللمالك مِلْكُ الرقبة. والأظْهَر المَنْعُ، سواءٌ ثبت الخلاف أم لا.

ويجوزُ أنْ يُعْلم لفظُ الخلاف في الكتاب بالواو للطريقة الأُخْرَىٰ.

وقوله: «مأخوذ من جواز بَيْع المستأجر» [صريحٌ في أنَّ الخلاف في جواز ٱلاَستثناء مبنيٌّ على الخلاف في صحَّة بيع المستأجر][٣] وكذلك ذكَره المعْظَم وزاد القاضي أبو الطَّيِّب في «شرح الفروع» فقال: تجويز ٱلاَستثناء مبنيٌّ على الوجه الذي يقول: إنَّ المنفعةَ عنْد الفَسْخِ تعُودُ إلى البائع.

---

(١) لم يصرح المصنف بترجيح قال في الخادم: قضية البناء المذكور ترجيح مقالة أبي زيد، وهو ما رجحه القاضي الحسين وللإمام والروياني، وقال ابن الرفعة: إنه الذي يظهر ترجيحه، لكن صحح النووي فيما إذا أجر عبده ثم أعتقه ثم فسخ المستأجر الإجارة بالعيب أن المنافع ترجع إلى العتيق لا إلى السيد.

(٢) في ب: المدة.

(٣) سقط في: ب.

وعَكَسَ الإمَامُ، فقال: الخلافُ في جوازِ بيع المُسْتَأجر مأخوذٌ من جواز ٱلاَستثناءِ، وكأنَّهُ أراد نُزُوع المسألتَيْنِ إلَىٰ أصلٍ واحدٍ، وإلاَّ، فالظَّاهر الأوَّل وبالله التَّوفيق وكما افتتحنا [كتاب الإجارة][1] بمقدمات ـ فإنَّا [نختم كتابَ الإجارة][2] بمؤخَّرات:

إحداها: في مَسَائِلَ، هي من شَرْط الباب الأوَّلِ.

لو قال: ألزمت ذمتك نسج ثوْب صفتُه كذا علىٰ أنْ تنسجه بنَفْسِك، لم يصحَّ؛ لأنَّ في هذا التعْيين غرراً فإنَّه ربَّما يمُوتُ، ولهذا لم يجُزْ تعيينُ ما يؤدي منه[3] المسلم فيه، ويجوز أن يستأجر الأرض بما يستأجِر به العَبْد والثَّوْب، ولا فرْقَ بيْن الطعام وما ينبت في الأرْض، إذا عيَّن، أو وصَفَ، وبيَّن غيرها.

وعنْ مالكٍ: أنه لا يجوز استئجارُ الأرْضِ بالطَّعام وإنْ لم يكن مما ينبُتُ من الأرض، كاللَّحْم، والعَسَل ولا بما ينْبُت من الأرض، وإنْ لم يكن طعاماً؛ كالقطن.

وإذا استَأْجَرَ دابَّةً؛ ليركبها إلىٰ بلدة كذا بعَشَرة دنانير، فالواجِبُ نقْدُ بلد العقد.

وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أن الواجب نقْدُ البَلَدِ المقصُودِ فلو كانَتْ الإجارةُ فاسدةً، فالاعتبار في أجرةِ المِثْل بموْضِع إتلافِ المنفعة، نقْداً أو وزناً.

ويجوز إجارة المصْحَفِ والكتُبِ لمطالَعَتِها[4] والقراءة فيها خلافاً لأبي حنيفة.

ولا يجوز أن يسْتأجر برْكَةً ليأخذ منها السَّمَك، فإنه كاستئجار الأشْجار للثِّمار، ولو استأْجَرَها لِيَحْبِسَ فيها الماء حتَّىٰ يجتمع فيها السمك جاز.

وفيه وجه آخر أيضاً، ويصحُّ من المستأجر إجارةُ ما استأجرهُ بعْد القبْض، سواءٌ أجَّر بمثل ما استأجَرَ أو أقلَّ، أو أكثر.

وعند أبي حنيفةَ: إنْ أجَّره بأكثر ممَّا استأجر، لم يطب له الربْحُ، وسبيلُه أن يتصدَّق به إلا أن يحدث فيه عمارة، فيقع ذلك في مقابلة الرِّبْح.

لنا: القياسُ علَىٰ ما إذا باع بأكثرَ ممَّا اشتراه يطيب له الربْحُ.

وفي إجارته قبْلَ القَبْض وجهان عن ابن سُرَيْج تجويزه؛ لأن القبض لا يوجبُ دُخُول المنَافِعِ في ضمانة، فلا معْنى لتوقيف العَقْد عليه، والأظهر: المنع، وعلَىٰ هذا؛

---

(١) في ز: الكتاب.

(٢) في ب: نختمها.

(٣) في ب: به.

(٤) قال في الخادم: المراد بالكتب الكتب التي يجوز بيعها المنتفع بها شرعاً؛ ليخرج كتب السحر ونحوها مما يَحْرُمُ النظر فيها، قال: وكذلك سيرة عنتر والبطال وغيرها من الأكاذيب المزخرفة.

ففي إجارته من المؤجّر وجهان، كما في البيع من البائع[1].

والمسْتَعَارُ لا يؤاجر، فإنِ آستعاره؛ ليؤجُره، جاز في وجه، حكاه القاضي ابن كج، كما لو اسْتَعَاره؛ ليرهنه.

ولو أجَّر متولِّي المسجد حانوته الخراب؛ بشرط أن يعمره المُسْتَأْجر بماله، ويكون ما أنفقه مَحْسُوباً من أجْرته، لم تصح الإجارة؛ لأنه عند الإجارة غيْرُ منتفع به.

ولا يجوزُ إجارةُ الحمَّام بشَرْط أن تكون مدة تعطيلها بسبب العِمَارة، ونحوها محسوبة على المكتري؛ لأنَّهُ تمكينٌ من الانتفاع في بعض المدَّة دون بعض، ولا يُشْتَرط أن تكون محسوبةً على المكْرِي لا بمَعْنَىٰ انحصار الإجارة في الباقي؛ لأن المدة تصير مجهولة، ولا بمعنى استيفاء مثلها بعد المدة، لأن نهاية المدة تصير مجهولة.

ولو استأجره ليبيع له شيئاً معيناً جاز؛ لأن الظاهر أنه يظفر براغب، ولو استأجره لشيء معين لا يجوزُ[2]؛ لأنَّه رغبة مالكه في البَيْع غيرُ معلومة ولا ظاهرة ولشراء شيء موصوفٍ يجوز، ولبيع شيءٍ من معيَّن لا يجوز.

ولو استأجره للخروج إلى بلدِ السُّلطان والتظلُّم للمستأجر، وعرْضِ حالِهِ فِي المَظَالِم ففي فتاوى القَفَّال أنَّه يستأجره مدَّة كذا؛ ليخرج إلَىٰ موضع كذا، ويذْكُر حالَهُ في المظالم، ويسْعَىٰ في أمره عند من يحتاج إلَيْه، فتصحُّ الإجارة؛ لأنَّ المدة معلومةٌ، وإن كان في العَمْل جهالةٌ، كما لو استأجره يوماً؛ ليخاصم غرماءه جاز.

قال: ولو بَدا للمستأجر، فله أن يستعمله فيما ضَرَرهُ مثل ذلك.

وحَكَى القاضي ابنُ كجٍّ عن نصِّ الشافعيُّ رضي الله عنه أنَّهُ لا تجوز إجارة الأرْضُ حتَّىٰ يُرى لا حائل دُونَها مِنْ زَرْعٍ، وغَيْرِه، وفي هذا تصْرِيحٌ بأنَّ إجارة الأرْضِ المزْرُوعة لا تصحُّ توجيهاً بأن الزَّرْع يمنع رؤْيَتَها.

وفيها معْنًى آخرُ، وهو تأخُر التسليم والانتفاع عن العَقْد، ومشابهته إجارة الزَّمان المستقبل، ويقرب منه ما لو أجَّر داراً مشْحُونة بطعام وغيْرِه، وكأنَّ التفريغ يستدعي مدَّة، ورأَيْتُ للأئمة فيما جُمِعَ من فتاوى القَفَّال فيه جوابَيْن:

أَحَدُهُما: أنَّه إنْ أمكن التفْرِيغُ في مدَّةٍ ليس لمثلها أجرةٌ، صحَّ العقد، وإن لم يكنْ إلاَّ في مدة لمِثْلِهَا أجرةٌ، لم تصحَّ؛ لأنه إجارةُ مدَّةٍ مستقبلة.

---

(١) قال النووي: الأصح صحة إجارته للمؤجر.

(٢) محل جواز الاستئجار للبيع أنها تكون من معين، فلو استأجره ليبيع عنده من فلان، لم يصح بخلاف ما لو وكله ليبيعه منه.

والثاني: أنه، إن كان يذهب في التفريع مدّة الإجارة، لم يصحَّ، وإن كان يبقى منها شيءٌ، يصحُّ، ولَزِمَ قسْطه من الأُجْرة، إذا وُجِد فيه التَّسْليم، وخرَّجوا على الجوابَيْن ما إذا استأجر داراً ببلدة أخرىٰ، فإنّه لا يتأتى، التسليم إلاَّ بقَطْع المسافة بيْن البلدَيْن، وما إذا باع جمداً وزناً، وكان ينماع بعضه إلىٰ أن يُوزَن(١).

ولو استأجر للخِدْمة، وذكر وقتها من اللّيْل والنهار، وفصَّل أنواعها، فذاك، إنْ أطلق، فقد حُكِيَ عن النص المنع، والظاهر الجَوَازُ، ويلْزَمُ ما جرت العادةُ به، وفصَّل أنواعها القاضي أبو سعيد ابْنُ أبي يوسف فقال: يدْخُلُ في هذه الإجارةِ غُسْل الثوب، وخياطَتُه، والخُبْز، والعَجْنُ وإيقاد النارِ في التَّنُّور، وعلَف الدَّابَّة، وحلْب الحَلُوبة، وخِدْمة الزَّوْجة، والغَرْس في الدار وحمْل الماء إلى الدَّار للشُّرب، وإلى المتوضىء للطَّهارة، وعن سَهْلِ الصُعْلُوكِيِّ أن عَلَف الدَّابَّة، وحَلْب الحلوبة، وخدْمَة الزَّوْجة لا يلزم إلا بالتنصيص عليها، وينبغي أن يكونَ الحُكْمُ كذلك في خياطةِ الثَّوْب، وحَمْل الماء إلى الدار، ويجوزُ أن يختلف الحكْمُ فيه بالعادة.

وذكر بعضُ مَنْ شرح «المفتاح» أنه ليْسَ له إخراجُه من البلدة إلاَّ أن يشترط علَيْه مسافةً معلومةً منْ كلِّ جانب، وأن عليه المُكْثَ عنده إلى أن يَفْرَغَ من صلاة العشاء الآخرة(٢). ولو استأجره للقيام على ضَيْعَةٍ قامَ علَيْها ليلاً ونهاراً علَى المعتاد.

وإنِ اَستأجر؛ للخُبْز، وجب أن يتبين أنَّهُ يخبر الأقْرَاصَ، أو غِلاَظَ الأرْغِفَةِ، أو رِقَاقَها، وأنَّهُ يخبز في تَنُّورٍ، أو فُرْنٍ، وآلاتُ الخُبْزِ على الأجيرِ إنْ كانتِ الإجارةُ في الذِّمَّة، وإلاَّ، فعلى المستأجر، وليْسَ على الأجير إلاَّ تسليم نفْسِه، والقولُ فيمن عليه الحَطَبَ كما في الخبز في حق الورَّاق.

ولو أراد المستأجرُ أن يستبْدِلَ عنِ المنفعة شيئاً آخر، يقبضه، لم يَجُزْ، إن كانَتِ الإجارةُ في الذِّمَّة، وإن كانتْ إجارة عيْنٍ قال صَاحِبُ «التهذيب»: هو كما لو أَجَّر العيْن المستأجرة من المؤجّر، وفيه وجهان:

---

(١) قال النووي: الصحيح من الجوابين هو الأول، بل قد تقدم في الشرط الثالث من الركن الرابع من الباب الأول وجه: أنه لا تصح إجارة المشحونة بالقماش وإن أمكن تفريغها في الحال. وتقدم هناك، أن المذهب صحة إجارة الأرض المستورة بالماء للزراعة، وليس هو مخالفاً للمذكور هنا، لأن التعليل هناك بأن الماء من مصالحها مفقود هنا. والأصح عندي، فيما إذا استأجر داراً ببلد آخر، الصحة، وفي الجمد المنع، لإمكان بيعه جزافاً.

(٢) قال النووي: المختار في هذا كله، الرجوع إلى عادة الخادم في ذلك البلد وذلك الوقت، ويختلف ذلك باختلاف مراتب المستأجرين، وباختلاف الاجراء، وفي الذكورة والأنوثة من الطرفين، وغير ذلك، فيدخل ما اقتضته العادة دون غيره.

الأَصَحُّ: الجوازُ، إذا جَرَىٰ ذلك بعد القبض، ولو ضَمِن رجل العهدة للمستأجر، ففي الفتاوَىٰ: أَنَّهُ يصحُّ، ويرجع علَيْه عنْد ظهور ٱلاَستحقاق. وعن ابن سُرَيْجٍ أَنَّهُ لا يصحُّ ضمانُ العُهْدة، وذكر شارح «المِفْتاح» أَنَّهُ لو اكترى دابَّةً ليركبها إِلىٰ فرْسَخَيْن، لم يجز حتى يبين شرقاً أو غرباً، ثم إذا بَيَّنَ جهة، فأراد العُدُول إِلَىٰ غيرها، فللمكري منْعُه؛ لأن المعيَّن قد يختص بسهولة أو أمن وبتقدير تساويهما، فقَدْ يكون للمُكْرِي غرضٌ فيه، وهذا يخالِفُ ما تقدَّم، فلْيُجْعَلْ وجهاً مُلْحَقاً.

مؤخرة ثانية في مسائل: مِنْ شَرْطِ الباب الثاني:

إذا استأْجَرَ رَجُلاً؛ ليَعْمَل مَدَّةً، كان زمانُ الطَّهارةِ، والصلاةِ، وفرائِضِها وسُنِنها الرَّواتِبِ مستثنىً، فلا ينقص من الأَجْرَةِ شيْءٌ، ولا فرْقَ بيْن صلاة الجمعة وغَيْرِها.

وعن ابْنِ سُرَيْجٍ فيما رواه أبو الفَضْلِ بنُ عبْدَان: أنه يجوزُ له تَرْكُ الجمعة بهذا السَّبَب، والسُّبُوتُ[١] في استئجار اليهوديِّ تقع مستثناةً، إذا اطَّرَد عُرْفهم بذلك ذكره صَاحِبُ الكتاب في فتاويه[٢].

وفي «الزيادات» لأبِي عاصِم العباديِّ أنه إذا اَسْتَأْجر حاضنة؛ لتعهُّدِ صبيٍّ، فالدُّهْنُ على أبيه، فإن جرى عُرْفُ البلد بخلافه، فوجهان.

وأنَّه إذا استأْجر حمالاً لحمل شيءٍ إلى داره، وهي ضيِّقَةُ الباب، هلْ علَيْه إدْخاله الدار[٣]؟ فيه قولان للعُرْف، ولا يكلَّفُ أن يصْعَدَ به السطح.

وأنه إذا استأجر قَصَّاراً؛ لغَسْل ثيابٍ معلومةٍ، وحملها إلَيْه حمالٌ، فأجْرَتُه علَىٰ من شرط من القصَّار والمالك، فإن لم يجْرِ شرطٌ، فعلى القَصَّار، لأَنَّهُ من تمام الغسل.

وأنَّه لو استأجره لقطع أشجارٍ بقريةٍ، لم يجبْ عليه أجرة الذهاب، والمجيء لأنهما لَيْسَا من العمل.

وفي شرح «المفتاح» أنَّه لو اَسْتَأْجر دابةً ليركبها، ويحمل عليها كذا مَنّاً، فركبها، وحمل علَيْها وأخذ في السَّيْر، فأراد المُكْرِي أنْ يعلِّق عليها مخلاة أو سفرة، إما من

---

(١) جمع سبت، وهو يوم راحة اليهود وانقطاعهم عن المعيشة والاكتساب ينظر المعجم الوسيط ١/ ٤١٢ بتصرف.

(٢) إن أسلم في المدة كانت مستثناه، ونقل هذا الرافعي والنووي عن الغزالي في الفتاوى وخالفهم في ذاك القاضي أبو بكر الشاشي فقال: يجبر على العمل؛ لأن الاعتبار بشرعنا، وقد زال المانع بالإسلام، ويصلي الصلوات الخمس ولعل هذا أظهر من قول الغزالي رضي الله عنه. ذكر ذلك السبكي في شرحه لمنهاج النووي.

(٣) في د: الباب.

قُدَّامِ القتب[١]، أو من خَلْفِهِ، أو أراد أن يُرْدِفَه رديفاً، كان للمستأجر منْعُهُ.

ولو استأْجَرَ دابَّةً ليركبها إِلَىٰ موضَعٍ معلوم، فركبها إِلَيْه، فعن صاحب «التَّقْرِيب» أن له ردَّها إلى المَوْضِعِ الذي سارَ منه إلاَّ أن ينْهَاه صاحِبُها، وقال الأكثرون: لَيْسَ له الردُّ، ولكن يسلمها إِلَىٰ وكيل المالك، إنْ كان له وكيلٌ هناك، وإلاَّ، فإلى الحاكم، فإنْ لم يكنْ هناك حاكمُ فإِلَىٰ أمين، فإن لم يجدْ أميناً، ردَّها واَستصْحَبَها إِلَىٰ حيث يذْهَب كالمودَعِ يُسَافِر بالوديعة؛ للضرورة، وإذا جاز له الردُّ لم يكن له الركوبُ، بل يسوقُها أو يقُودُها، إلا أن يكون بها جماحٌ لانتقاد إلاَّ بالركوب، وبمثله، لو استعار ليَرْكَب إليه قال العَبَّادِيُّ: لهُ الركوبُ [في الردِّ؛ لأنَّ الردَّ لازمٌ عليه، والإذن يتناوله بالعُرْف، والمستأجر لا ردَّ عليه.

ولو استأْجَرَ دابَّةً للركوب][٢] إلىٰ موضعٍ، فجاوزه، فعليه المسمى لما استأجر له، وأجرةُ المِثْلِ؛ لما زاد، ويصيرُ ضامِناً من وقت المجاوَزَة، حتَّىٰ إذا ماتت، لَزِمَه أَقْصَى القيمة منْ حينئذ، إنْ لم يكن صَاحِبُهَا معها، ولا يبرأ عن الضَّمان بردِّها إِلَىٰ ذلك المكان، وإن كان صاحبُها معها، فإن تلِفَتْ بعدما نَزَل، وسلَّمها إلى المَالِكِ، فلا ضمان عليه، وإنْ تَلِفَتْ، وهو راكبٌ، نُظِر؛ إن تلِفَتْ بالوقوع في بئرٍ ونحوه، ضمِنَ جميع القيمة، فإنْ لم يحدُثْ سببٌ ظاهرٌ، فقد قيل: يلْزَمُه جميعُ القيمة أيضاً.

والأصحُّ: أنه لا يلزمُهُ الكلُّ؛ لأن الظاهرَ حُصُول التلف بكثرة التعب، وتعاقُبِ السير حتَّىٰ لو أقام في المقْصِد قدر ما يزُولُ فيه التَّعَب، ثم خرَجَ منْ غير إذْن المالك، ضَمِن الكلَّ، وعلَىٰ هذا؛ فالتَّلَف حَصَلَ من حقٍّ وعدوانٍ، فيلزمُه نصْفَ الضمان، أو ما يقتضيه التَّوْزِيع على المسافتين؟ فيه قولان، كما ذكرنا فيما إذا حَمَل فوق المشروط، وإنِ اَستأجرها؛ ليَرْكَب ويعود فلا يلزمُهُ؛ لما جاوز أَجْرَةَ المثل، لأنَّه يستحقُّ أن يقْطَع قدْر تلْكَ المسافة ذهاباً وإياباً؛ بناءً على أنه يجوز العدُولُ إِلَىٰ مثل الطَّرِيق المعيَّن[٣].

ثمَّ إن قدر في هذه الإجارة مدَّة مقامه في المَقْصد، فذاك، وإلاَّ فإنْ لم يزدْ على مدة المسافِرِينَ، انتفع بما في الإيابِ فإن زاد حسبت[٤] الزيادة عليه وإنْ اَستأْجَر دابة إِلىٰ عَشَرة فَرَاسِخَ، فقطع نصْف المسافَةِ، ثم رَجَع لأخذ شيْءٍ نَسِيَه راكباً، اَنتهتِ الإجارة،

---

(١) القتب: الرَّحلُ الصغير على قدر سنام البعير.

(٢) سقط في: ب.

(٣) قال النووي: ولا يجوز أن يركبها بعد المجاوزة جميع الطريق راجعاً، بل يركبها بقدر تمام مسافة الرجوع.

(٤) في د: وجبت.

واستقرَّت الأجرة؛ لأنَّ الطريق لا يتعيَّن، وكذا لو أخذ الدابَّة، وأمْسَكَها في البَيْتِ يَوْماً، ثُمَّ خَرَجَ، فإذا بَقِيَ بيْنَه وبين المقْصِدِ يوْمَ ٱستقرَّت الأجْرةُ، ولم يكنْ له الركوبُ، وكذا لو ذَهَبَ في الطريق؛ لِٱسْتِقَاء ماءٍ، أو شراء شيء يُمْنَة ويسرة كان محسوباً من المدَّة، ويترك الانتفاع إذا قرب من المقْصِد بقدره.

ولو دَفَع ثَوْباً إلَىٰ قصَّار ليقصره بأجْرةٍ، ثم جاء، وٱسْتَرْجعه، فقال: لم أقصره بغدُ، فلا أردّه وقال صاحبُ الثَّوْب: لا أريدُ أنْ تقصره، فأرْدُدْه إلَيَّ فلم يردَّ وتَلِفَ الثوب عنده، فعلَيْه الضمان، فإنْ قصره وردَّه، فلا أُجْرَةَ له، وعلى هذا قياسُ الغزل عند النَّسَّاج ونظائره[1]، ولو ٱسْتَأْجره، ليكْتُب صَكّاً على هذا البياض، فكتبه خطأً.

قال في ٱلْعَبَّادِيُّ: عليْهِ نِقصانُ الكاغِدِ، وكذا لو أمَرَه أن يكتب بالعربيَّة، فكَتَبَ بالعجميَّة، أو بالعَكْس[2].

وذكر العباديُّ في «الزيادات» أنه إذا استأجر دابَّةً، ليحمل الحنطة في مَوْضع كذا إلَىٰ داره يوماً إلى الليل، فركبها في عَوْده، فعطبت الدابَّةُ، ضَمِن؛ لأنَّه ٱسْتأجرها للحَمْل لا للرُّكُوب، وقِيلَ: لا يضمن للعُرْفِ، وأنه الأكار لو تعمَّد ترْكَ السَّقْي، والمعاملةُ صحيحةٌ حتى فسد الزَّرْع، ضَمِن؛ لأنه في يده، وعَلَيْه حفْظهُ.

وفي فتاوى القَفَّال: أنَّه إذا تَعدَّى المُسْتَأْجر بالحَمْل على الدابَّة، فقَرَّح ظَهْرَها، وهلَكَتْ منْه، لزمه الضمان، وإن كان الهلاكُ بَعْد الردِّ إلى المالك.

مؤخرةٌ ثالثةٌ في مسائل مِنْ شَرْط الباب الثالث من المنثور للمُزَنِيِّ أنَّه لَوِ ٱستأْجَر لخياطةِ ثوْبٍ، فخاط بعْضَه، واحترق البعْض، ٱستَحَقَّ الأجرة لما عَمَلَ.

وإنْ قلْنا: ينْفَسِخ العقْد بتَلَفه، استحق أجرة المثل، وإلاَّ، فقِسْطُه من المُسَمَّىٰ.

وأنه لَوِ ٱستأْجَرَ لحَمْلِ حبٍّ إلَىٰ مَوْضعٍ مَعْلُومٍ، فَزَلِقَتْ رِجْلُه في الطَّريق، وانكسر الحَبُّ لا يستحقُّ شَيْئاً منَ الأُجْرة.

وفرق بينهما بأنَّ الخياطة تظْهَر على الثَّوْب، فوَقَعَ العملُ مُسَلَّماً بظهور أثره، والحمل لا يظْهَر أثره على الحَبِّ[3].

---

(١) قال النووي: صورة المسألة إذا لم يقع عقد صحيح.

(٢) قال النووي: ولا أجرة له، ويقرب منه ما ذكره الغزالي في «الفتاوى»: أنه لو استأجره لنسخ كتاب، فغير ترتيب الأبواب، قال: إن أمكن بناء بعض المكتوب بأن كان عشرة أبواب، فكتب الباب الأول آخراً منفصلاً، بحيث يبنى عليه، استحق بقسطه من الأُجرة وإلا، فلا شيء له.

(٣) وهل الخيار على الفور أو التراخي، اختلف المتأخرون في ذلك، والأوجه كما أفتى به الشيخ زكريا رحمه الله أنه على الفور؛ لأنه عيب.

ولو أَجَّر أرضاً إجارة صحيحةً، ثمَّ غَرِقَتْ بسيل، أو ماءٍ نَبَعَ منها، نُظِر؛ إنْ لم يتوقَّع الخسارة مدة الإجارة، فهُوَ كما لو ٱنهدمَتِ الدار، وإن توقَّع فللمستأجر الخيارُ بيْن الفسخ والإجارة، كما لو غصبت العيْن المستَأْجَرة، فإنْ أجاز، سقَطَ عنه من الأجرة بقدر ما كان الماءُ مُسْتِوياً علَيْهَا، وإنْ غَرِق نِصْفها فقد مضى نصْفُ المدة، انفسخ العقْد فيه، والظاهرُ أنَّهُ لا ينفَسِخ في الباقي، ولكنْ له الخيارُ فيه، وفي بقية المدة، فإنْ فسخ، وكانتْ أجرةُ المدَّة لا تتفَاوت، فعلَيْه نصفُ المسمَّىٰ للمدة الماضية وإن أجاز، فعليه ثلاثةُ أرباعِ المسمَّىٰ: النصْفُ للمدَّة الماضية، والربع لما بقي.

وتعطل الرحى؛ لانقطاع الماء، والحمَّام؛ لِخَلَلٍ في الأبنية، وانتقاص الماء في بئْره كٱنهدام الدَّار، وكذا إذا استأْجَر قناةً، فَٱنقطع ماؤُها، ولو ٱنتقص، ثَبَتَ الخيار، ولم ينفَسِخ العقْد، ذكره في شرح «المُفْتَاح»، ومهما ثَبتَ الخيار بِسَبَب يقتضيه، فأجاز ثم بدا له أنْ يفْسَخ، نُظِر إنْ كان السَّبَب بحيث لا يُرْجَىٰ زواله؛ كما إذا انقطعَ الماءَ، ولم يتوقَّع عوده، فلَيْسَ له الفسخ؛ لأنه عيْبٌ واحدٌ، وقد رضي به، وإنْ كان بحَيْثُ يُرْجَىٰ زواله، فله الفسخ ما لم يزل؛ لأنَّه يقدر كلّ ساعة زواله، فيتجدَّد الضرر، وهذا كما إذا تركت الزوجة المطالبة بعْد مضيِّ مدة الإيلاء، أو الفسخ بعد ثُبُوتِ الإعسار، فلها العَوْد إليه، وكذا لو ٱشترىٰ عَبْداً، فأَبِقَ قبل القَبْض، وأجاز ثم أراد الفَسْخ، فله ذلك ما لم يَعُد العَبْد. ولو استأْجَر طاحونَتَيْنِ متقابلَتَيْن، فانتقص الماءُ، وبقي ماءَ تدُور به إحداهما، ولم يفسخ.

قال العبَّاديُّ: يلزمه أجرةُ أكثرهما وقال في «التتمة»: إنَّه لو دَفَع غزلاً إلى نُسَّاجٍ، واستأْجره لنَسْجِ ثوب طوُله عشَرةُ أذرُعٍ في عرض معْلُومٍ، فجاءه بالثُّوْب وطُوله أحَدَ عَشَر لا يستحقُّ شَيْئاً من الأُجْرة؛ لأنَّه في آخر الطاقة الأولَىٰ من الغزل، صار مخالفاً لأمره، فإنَّه إذا بلغ طولُها عَشَرةً، كانَ من حَقِّه أنْ يَقْطعها، لتعود إلى المَوْضع الَّذي بدَأَ منْهُ، فإذا لم يفْعَل، وقع ذلك وما بعْدَه في غَيْر المَوْضِع المأْمُور، وإنْ جاءَ به، وطُوله تسعةٌ، فإن كان طُول السّدي عشرة، استحقَّ من الأُجْرَةِ بقَدْرِه؛ لأنَّه، لو أراد أنْ ينسج عشرةً؛ لتمكن منه، وإنْ كَانَ طُولُه تسعةً، لم يستحقَّ شَيْئاً؛ لمخالفته في الطَّاقة الأُولَىٰ ولو كان الغَزْل المدْفُوع إلَيْه مسدى فأستأْجَره كما ذَكَرْنا، ودَفَع إلَيْه من اللُّحْمة ما يَحْتَاج إلَيْه، فجاء به أطْوَل من العرْض المَشْروط، لم يستحقَّ للزِّيادة شَيْئاً، وإنْ جاءَ به أقْصَر مَن العَرْض المشْرُوط، اسْتحقَّ بقدره من الأجرة، وإن وَافَقَ في الطُّول، وخالف في العَرْض، فإن كان ناقصاً، نُظِر؛ إن كان ذلك لمجاوزته القدر المشروط من الصَّفَاقة، لم يستحقَّ من الأجرة شيئاً؛ لأنَّه مفرِطٌ بمخالفته أمره، وإنْ راعى المشْرُوط في صفة الثَّوْب رِقَّةً وصفاقةً، فله الأجرة؛ لأن الخَلَلَ، والحالةُ هذِهِ، من السّدي فإن كان أزيَدَ، فإنْ أخلَّ بالصَّفاقة، لم يستحق شيئاً، وإلاَّ ٱستحق الأجرةَ بتمامها؛ لأنه زاد خيراً.

فرع:

بَيْعُ الحديقة التي ساقَىٰ علَيْها في المدَّة يشبه بيْعَ المستأجر، ولم أر له ذكراً نعم في فتاوىٰ صاحبِ «التَّهْذِيبِ» أنَّ المالِكَ، إن باعها قَبْل خُرُوج الثمرة، لم يصحُّ؛ لأن للعامِلِ حقّاً في ثمارها، فكأنَّه قد ٱستثنىٰ بعض الثَّمرَة، وإن كان بعد خروجِ الثَّمَرة، صح البَيع في الأشجار، ونصيب المالِكِ منَ الثمار، ولا حاجة إلَىٰ شَرْط القَطْع؛ لأنَّها مبيعة مع الأصول، ويكون العاملُ مع المشتري كما كان مع البائع، وإنْ باع نصيبه من الثمرة وحْدَهَا، لم تصحَّ للحاجة إلى شرط القطْع وتعذُّره في الشائع[1]، واللَّهُ أَعْلَمُ.

---

(١) قال النووي: ومما يتعلق بكتاب الإجارة، مسائل.

إحداها: إذا توجه الحبس على الأجير، قال الغزالي في «الفتاوى»: إن أذكر في الحبس، جمع بينهما. وإن تعذر، فإن كانت الإجارة على العين، قدم حق المستأجر كما يقدم حق المرتهن، ولأن العمل مقصود في نفسه، والحبس ليس مقصوداً في نفسه، ثم القاضي يستوثق [عليه مدة العمل] إن خاف هربه على ما يراه. وإن كانت الإجارة في الذمة، طولب بتحصيله بغيره. فإن امتنع، حبس بالحقين. **الثانية**: لا يلزم المؤجر أن يدفع عن العين المستأجرة الحريق والنهب وغيرهما، وإنما عليه تسليم العين ورد الأجرة إن تعذر الاستيفاء. وأما المستأجر، فإن قدر على ذلك من غير خطر، لزمه كالمودَع.

الثالثة: إذا وقعت الدار على متاع المستأجر، فلا شيء على المؤجر، ولا أجرة تخليصه.

الرابعة: استأجره لبناء درجة، فلما فرغ منها انهدمت في الحال، فهذا قد يكون لفساد الآلة، وقد يكون لفساد العمل، والرجوع فيه إلى أهل العرف. فإن قالوا: هذه الآلة قابلة للعمل المحكم وهو المقصِّر، لزمه غرامة ما تلف.

الخامسة: إذا جعل غَلَّة في المسجد وأغلقه، لزمه أُجرته، لأنه كما يضمن المسجد بالاتلاف يضمن منفعته، ذكر هذه المسائل الخمس الغزالي في «الفتاوى» وتقييده في المسجد بما إذا أغلقه، لا حاجة إليه، بل لو لم يغلقه، ينبغي أن تجب الأُجرة، للعلة المذكورة.

السادسة: استأجر بهيمة إلى بلد لحمل متاع، ثم أراد في أثناء الطريق بيعه والرجوع، وطلب رد بعض الأُجرة، فليس له شيء، لأن الإجارة عقد لازم، بل إن باعه، فله حمل مثله إلى المقصد المسمى.

السابعة: في فتاوى القاضي حسين: أنه لو أكره الإمام رجلاً على غسل ميت، فلا أُجرة له، لأن غسله فرض كفاية، فإذا فعله بأمر الإمام، وقع عن الفرض، ولو أكرهه بعض الرعية، لزمه أُجرة المثل، لأنه مما يستأجر عليه، هذا كلام القاضي حسين، ووافقه جماعة. قال إمام الحرمين: هذا إذا لم يكن للميت تركة، ولا في بيت المال سعَة. فإن كان له تركة، فمؤنة تجهيزه في تركته، وإلا، ففي بيت المال إن اتسع، فيستحق المكرَه الأُجرة. قال الرافعي في أوائل كتاب السِّيَرَ: هذا التفصيل حسن، فيحمل عليه إطلاقهم.

الثامنة: أجرت نفسها للإرضاع، هل عليها الفطر في رمضان إذا احتاج الرضيع إليه؟ فيه كلام سبق واضحاً في كتاب الصيام.

التاسعة: استأجر ابنه الذي بلغ سنّاً يعمل مثلُه فيه ليُسقط نفقته عن نفسه وينفق عليه من أُجرته، جاز، كما يشتري ماله، ذكره في فتاوى القاضي حسين.

كِتَابُ الجعَالَةِ

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَصُورَتُهَا أَنْ يَقُولَ: مَنْ رَدَّ عَبْدِي الآبِقَ فَلَهُ دِرْهَمٌ مَثَلاً، وَهِيَ صَحِيحَةٌ وَأَرْكَانُهَا أَرْبَعَةٌ: الأَوَّلُ: الصِّيغَةُ الدَّالَّةُ عَلَى الإِذْنِ فِي الرَّدِّ بِشَرْطِ عِوَضٍ، فَلَوْ رَدَّ إِنْسَانٌ ابْتِدَاءً فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ فَلاَ شَيْءَ لَهُ (ح م)، وَكَذَا إِذَا رَدَّ مَنْ لَمْ يَسْمَعْ نِدَاءَهُ فَإِنَّهُ قَصَدَ التَّبَرُّعَ، وَإِذَا كَذَّبَ الفُضُولِيَّ وَقَالَ: قال فُلاَنٌ مَنْ رَدَّ فَلَهُ دِرْهَمٌ فَلاَ يَسْتَحِقُّ الرَّادُّ عَلَى المَالِكِ وَلاَ عَلَى الفُضُولِيِّ لِأَنَّهُ لَمْ يَضْمَنْ، وَإِنْ قَالَ الفُضُولِيُّ: مَنْ رَدَّ عَبْدَ فُلاَنٍ فَلَهُ دِرْهَمٌ لَزِمَهُ لِأَنَّهُ ضَامِنٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مِنَ الأصحاب مَنْ أَوْرَدَ هذا البابَ في هٰذا المَوْضِعِ، ومنهم صاحِبُ «التَّهذيب» وجمهورُهم أورده في آخر «باب اللُّقَطَةِ» ولكلٍّ مناسبةٌ، فالأول لأنَّ للجَعَالة شبهاً ظاهراً بالإجارة.

والثاني: لأنَّ الحَاجةَ إلىٰ هذا العَقْدِ في الأَغْلَب تقَعُ في الضَّوَالِّ والعبيد الآبقين، فحَسَنَ وصْلُه باللُّقطَة.

والجَعَالَةُ في اللُّغة[1]: ما يُجْعَلُ للإنسان على شيْءٍ يفعله، وكذلك الجُعْل والجَعِيلةَ، وأمَّا في الشَّرْعِ فصورةُ عقْدِ الجَعَالَةِ أنْ يقولَ: مَنْ ردَّ عَلَيَّ عبْدي الآبِقَ أو

---

(١) الجعالة بفتح الجيم وكسرها وضمها: ما يجعل على العمل ويقال: جعلت له جعلاً، وأجعلت: أوجبت.
وقال ابن فارس في «المجمل»: الجُعل، والجَعالة، والجعيلة: ما يعطاه الإنسان على الأمر يفعله، ينظر المطلع على أبواب المقنع ص(٢٨١).
عرفها الشافعية بأنه: التزام مطلق التصرف عوضاً معلوماً على عمل معين أو مجهول لمعين أو غيره.
عرفها المالكية بأنه: عقد معاوضة على عمل آدمي بعوض غير ناشىء عن محله به لا يجب إلا بتمامه.
حاشية الباجوري على ابن القاسم ٢/ ٣٤.

دابَّتِي الضَّالَّةَ[١]، فله كذا، وهو صحيح، لمسيس الحاجةِ إلَيْه في الأعمال المجهولة واستأنسوا له بقَوْلِهِ تعالَىٰ: ﴿وَلِمَنْ جاء بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف ـ ٧٢] ثم إن صاحب الكتاب أَوْدَعَ مسائِلَه فصلَيْن:

أَحَدُهُمَا: في أركان الجَعَالَةُ وعدَّها أربعةً أحدها: الصيغةُ الدالَّةُ عَلى الإِذْن في العمل بِعَوَضٍ يلتزمه، فلو أَبَقَ عبْدٍ إنسانٍ، أو ضلَّت دابَّتُه، فرده غَيْره بغير إذنه، فلا شيْءُ لهُ سواء، كان الرَّادّ معْرُوفاً بردِّ الضَّوَال أو لم يكنْ، خلافاً لمالكٍ حيث قال: إنْ كان معروفاً أنَّه يستحقُّ أُجْرَةَ المِثْلِ، ولأبي حنيفة رضي الله عنه حيثُ قال فلا شيء له، سواء كان الراد معروفاً برد الضوال، أو لم يكن؛ خلافاً لمالك حيث قال: إن كان معروفاً به استحق أجرة المثل، ولأبي حنيفة حيث قال: في العبد خاصةً إن ردَّه من مسافة ما دون ثلاثةِ أيَّام، آستحق أُجرة المثل، وإن ردَّه من مسافةِ ثلاثةِ أيَّام أو أكثر، فإنْ لم يَكُنْ معروفاً بردِّ الآبقين، لم يستحقَّ شيئاً، وإن كان معْرُوفاً به، آستَحَقَّ أربعِينَ درْهماً آستحساناً؛ إلاَّ أنْ تكونَ قيمتُهُ أَقَلَّ مِنْ أَربَعِينَ، فيستحِقُّ قدر قيمته ناقصاً بدرهم، ولأحمد؛ حَيْثُ قال: يستحقُّ في ردِّ الآبقِ دِيناراً، سواءٌ كان معروفاً بذلك، أو لم يكن. لنا: أنَّه عملٌ لم يَلْتَزِم له المالك عِوَضاً، فيقع تبرُّعاً كما لو لم يكن معروفاً بالردِّ، وكما لو ردَّ غير العبد.

ولو قال لواحد: رُدَّ آبِقِي، ولك كذا، فردَّه غَيْرُه لم يستحِقَّ شيئاً؛ لأنَّه لم يشتَرِطْ للغير ذلك المعيَّن، نعم، رَدُّ عبده كردِّه في آستحقاق الجُعْل؛ لأنَّ يَدَهُ كَيَدِهِ.

ولو قال: من رَدَّه، فله كذا، فردَّه من لم يَسْمعْ نداءه، لم يستحقَّ شيئاً؛ لأنَّه قصَدَ التبرُّعَ، فإنْ قَصَدَ العِوَضَ، لاعتقاده أنَّ مِثْلَ هَذَا العملِ لا يحبط ويستحقُّ به الأجرَة، فكذلك، وعن الشيخِ أبي مُحَمَّدٍ تردُّد فيه؛ لأنَّه حصل المقصُود، وشَمِلَهُ اللفظ بعمومه،. والظاهر الأوَّل، ولا عبرةَ بآعتقاده، وكذلك لو عيَّن واحداً، فقال: إن ردَّه فلأن، فله كذا، فردَّه غير عالم بإذنه والتزامه، وإن أَذِن في الرَّدّ، ولم يلتزم العوضَ،

---

(١) قال في الخادم: هل تجوز الجعالة على رد الزوجة؟ هذه مسألة مهمة لم يصرحوا بها وقد يتوقف فيها من جهة أن الحر لا يدخل تحت اليد، لكن في كلام الرافعي في الضمان ما يؤخذ منه الجواز حيث قال: تصح الكفالة ببدن المرأة لمن ثبتت زوجيته؛ لأن الحضور مستحق عليها كما تصح الكفالة ببدن عبد آبق لمالكه. انتهى.

وفي هذا التخريج نظر؛ لأن الكفالة لا بد فيها من إذن المكفول، فإذا أذنته في الكفالة فقد سلطته على إحضارها ككفالة بدن الحر إذا أذن فيها، ولا كذلك في الجعالة، وقال الزركشي أيضاً: وَلا تنحصر صورتها في ذلك بل لو قال شخص: إن رددت عليك عبدك فلي عليك كذا، فيقول نعم.

فلا شيء للرادِّ. هذا ظاهر النَّصِّ، وفيه الخلاف المذكورُ فيما إذا دَفَع ثوباً إلى غَسَّالٍ ليغسله، فغسَله، ولم يجْرِ للأُجَرة ذكر.

ولا يشترط أن يكون الملتزمُ مَنْ يقع العمَلُ في ملكه، بل لو قال غيرُ المالك: مَنْ ردَّ عبْدَ فلان، فله كذا، استحقَّه الرادُّ عليه؛ ووجْه ذلك بأنه التزمه، ولَيْسَ كما إذا التزم الثَّمَنَ في بيْع غيره، والثوابَ علَىٰ هبة غيره، لأنَّه عِوَضُ تمليك، فلا يُتصوَّر وجوبُه علَىٰ غير مَنْ حَصَلَ له المِلْكُ، والجُعْلُ ليْسَ عوضَ تمليكٍ، ولو قال فضوليٌّ: قال فلان: مَنْ ردَّ عبْدي، فله كذا، لم يستحقَّ الرادُّ على الفضوليّ؛ لأنَّه لم يلتزمْ، وأمَّا المالكُ، فإن كذبَ الفضوليُّ عليه، فلا شيء عليه [أيضاً، وكان مِنْ حقِّه الرادُّ أنْ يثبتَ، وإن صَدَق. قال في «التَّهذيب»: يثْبُت ٱلاستحقاقُ علَيْه، وكان هذا][1] فيما إذا كان المخبر ممن يعتمد على قوله، وإلاَّ، فهو كما لو رَدَّ غير عالم بإذنه والتزامه[2]، ولا فَرْقَ في صيغة المالِكِ بيْن أن يقولَ: منْ ردَّ عبدي، وبيْن أن يقولَ: إنْ ردَّه إنسانٌ، أو إن ردَدتَهُ، أو: رُدَّه، ولك كذا.

قَالَ الغَزَالِيُّ: الثَّانِي: العَاقِدُ. وَشَرْطُهُ أَهْلِيَّةُ الإِجَارَةِ، وَلاَ يُشْتَرَطُ تَعِيينُ العَامِلِ لِمَصْلَحَةِ العَقْدِ وَكَذَلِكَ لاَ يُشْتَرَطُ القَبُولُ (و) قَطْعاً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يلتزم الجُعْلِ ينبغي أنْ يكونَ مُطْلَقَ التصرُّف، وإليه أشار بقوله: «وشُرطه أهليَّةُ الإجارة» وإنّما خَصَّ الإجارةَ بالذكر؛ لأنَّها أشْبَه بالجعالة من البَيْع وغيره؛ لأنَّ كلَّ واحدةٍ منهما مقابلةُ منفعةٍ بمالٍ، والعاملُ يجوز أَنْ يكون شخْصاً معيَّناً، أو جماعةً معيَّنينَ، ويجوزُ ألاَّ يكونَ كذلك، وقد بان مثالُ القسْمَيْنِ في الفصْل السابق، وإنَّما ٱحْتُمِلَ إبهامُ العامِلِ؛ لأنَّ ردَّ الآبق وما في معناه قدْ لا يتمكَّن منه معيَّن، ومن يتمكَّن [منه] ربما لا يكون حاضراً، وربَّما لا يعرفُه المالكُ، فإذا أُطْلِق ٱلاشْتِراط، وشاع ذلك يسارع من يتمكَّن منه إلىٰ تحصيل العوض[3]، فٱقتضتْ مصلحةُ العقدْ ٱحتماله، ثم إذا لم يكُنِ العاملُ معيَّناً، فلا يُتَصَوَّرُ للعقْد قَبولٌ، فإنْ كان معيَّناً فلا يُشْتَرَط قبولُه أيضاً على المشْهور، ويكْفي الإتيانُ بالعمل.

وقال الإمامُ: لا يمتنع أنْ يكونَ كالوَكيل في ٱشْتِراط القَبُول.

فيجوز أنْ يُعْلَمَ لذلك قولُه في الكتاب: «لا يُشْتَرط القَبُولُ» بالواو، وقولُه:

---

(١) سقط في: ب.

(٢) قال النووي: لو شهد الفضولي على المالك بإذنه، قال: فينبغي أن لا تقبل شهادته، لأنه متهم في ترويج قوله. وأما قول صاحب «البيان»: مقتضى المذهب قبولها، فلا يوافق عليه.

(٣) في د: الغرض.

«وكذلك» أراد لرعاية مِصْلحة العقْد، وليشترطْ عند التعْيين أهليةُ العمل في العامل[١].

قَالَ الغَزَالِيُّ: الثَّالِثُ: العَمَلُ وَهُوَ كُلُّ مَا يُسْتَأْجَرُ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ مَجْهُولاً فَإِنَّ مَسَافَةَ رَدِّ العَبْدِ قَدْ لاَ تُعْرَفُ، وَلاَ يُشْتَرَطُ (ز) الجَهْلُ بَلْ لَوْ قَالَ: مَنْ خَاطَ ثَوْبِي أَوْ مَنْ حَجَّ عَنِّي فَلَهُ دِينَارٌ ٱسْتَحَقَّ (ز) لِأَنَّهُ إِذَا جَازَ مَعَ الجَهْلِ فَمَعَ العِلْمِ أَوْلَى، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ: أَنَّهُ لاَ يَجُوزُ إِلاَّ عَلَىٰ عَمَلٍ مَجْهُولٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ما لا يجوز الإجارةُ علَيْه من الأعمال لكونه مجهولاً تجوز الجَعَالةُ عليه؛ لأنَّ مسافةَ ردِّ الآبق قد لا تعرف فتدْعُو الحاجة إلى ٱحتمال الجَهَالَةِ فيه، كما لا تدْعُو إلى ٱحتمالها في العامِلِ، وإذا كنا نحتمل[٢] الجهالةَ في القِراضِ؛ لتحصيل زيادة، فَلأَنْ نحتملها في الجعالة أولَىٰ.

وأمَّا ما تجوز الإجارة عليه، ففي جواز الجَعَالَةِ عليه وجهان، سبق ذكرهما في الحج، والأَصَحُّ: الجوازُ، وقدْ ذكرنا هناك ما يقتضي إعْلامَ قوله: «ولا يُشْتَرَطُ الجَهْلُ» بالزاي، وكذا قوله: ٱسْتحق».

ولو قال: من ردَّ على مالِي، فله كذا، فردَّه عليه مَنْ كان في يَدِه، نُظِرَ، إن كان في ردِّه كلفةٌ ومؤنةٌ؛ كالعبد الآبق، استحق الجُعْل، وإنْ لم يكنْ كالدراهم والدنانير، فلا، لأنَّ ما لا كلفةَ فيه، لا يُقَابَلُ بالعِوَض.

ولو قال: من دلَّني علَىٰ مالي، فدَلَّه مِنَ المالُ في يده، لم يستحقَّ الجُعَلْ؛ لأنَّ

---

(١) قال في الخادم: والظاهر أن المراد بأهلية العمل القدرة عليه، فلو لم يكن قادراً كالعاجز الضعيف الذي يغلبه العبد على نفسه لا يصح عقد الجعالة معه؛ لأن كمال منافعه معدومة فأشبه استئجار ما لا منفعة فيه.
وقضية كلام الشيخ أنه إذا لم يكن معيناً لا يشترط ذلك حتى لو رده صبي أو سفيه استحق المسمى وقد اضطرب كلام الماوردي في مسألة الصبي فقال هنا لو قال: من جاء بعبدي الآبق فله دينار، فمن جاء به استحق من رجل أو امرأة أو صبي أو عبد صغير أو كبير عاقل أو مجنون إذا كان قد سمع النداء أو علم به لدخولهم في عموم قوله «من جاء به». انتهى.
وهذا يؤيد إطلاق الشيخ. قال الزركشي: إلا أن في دخول المجنون في الخطاب نظراً لا يخفى، وقال الماوردي في كتاب السير: إن الصبي لو سمع النداء ورد لم يستحق، وكذا العبد إذا قام به بغير إذن سيده، ولو رده بإذن سيده استحق السيد. قال في المطلب بعد إيراد كلام الماوردي: والأشبه أنه في العبد لا يستحق سيده، وإن دخل في الخطاب؛ لأن العبد لا يجوز له الرد لأنه تصرف في منافعه المملوكة بغير إذن سيده وإذا لم يجز لم يصح العقد معه كما لو أجر نفسه بلا إذن.

(٢) في ز: وإلا احتمل.

ذلك واجبٌ علَيْه بالشَّرْع، فلا يجوز أَخْذُ العِوَض عليه، وإنْ كان في يَدِ غيرِه فدَلَّ عليه، استحق، لأنَّ الغالبَ أنَّه يلحقه مشقَّةٌ في البَحْث عنه. وفيما حكيناه ما ينبئك أنَّ ما يُعْتبر في العَمَلِ لجواز الإجارة يُعْتَبَر لجواز الجعَالَةِ سوى كونه معلُوماً[1]، وربَّما فُهِم ذَلك مِنْ قوله: «وهو كلُّ ما يستأجر علَيْه، وإن كان مَجْهولاً».

قَالَ الغَزَالِيُّ: **الرَّابعُ: الجُعْلُ وَشَرْطُ أَنْ يَكُونَ مَعْلُوماً مُقَدَّراً كَالأُجْرَةِ فَلَوْ قَالَ: مَنْ ردَّ مِنْ بَلَدِ كَذَا فَلَهُ دِينَارٌ فردَّ مِنْ نِصْفِ الطَّرِيقِ، ٱسْتَحَقَّ النِّصْفَ أَوْ مِنَ الثُّلُثِ ٱسْتَحَقَّ الثُّلثُ، وَلَوْ رَدَّ مِنْ مَكَانٍ أَبْعَدَ لَمْ يَسْتَحِقَّ زِيَادَةً لِأَنَّهُ لَمْ يَشْتَرِطْ، وَإِنْ قَالَ: مَنْ ردَّ فَلَهُ دِينَارٌ فَٱشْتَرَكَ فِيهِ ٱثْنَانِ فَهُوَ لَهُمَا، فَإِنْ عَيَّنَ وَاحِداً فَعَاوَنَهُ غَيْرُهُ لِقَصْدِ مُعَاوَنَةِ العَامِلِ فَالكُلُّ لِلعَامِلِ، وَإِنْ قَصَدَ طَلَبَ أُجْرَةٍ فَلاَ شَيْءَ لَهُ وَلِلعَامِلِ نِصْفُ دِينَارٍ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يجبُ أن يكون الجُعْلُ المشروطُ مَعْلوماً كالأُجْرة، فإنَّه لا حاجةَ إلى ٱحتمال الجَهَالة فيه، بخلاف العَمَل، وأيضاً، فإنَّه لا يكادُ يَرْغَب أحدٌ في العمل، إذا لم يعلَمْ بالجُعْلِ، فلا يَحْصُلُ مقصود العقْدِ، فإن شرط جُعْلاً مجهولاً؛ بأن قال: مَنْ ردَّ آبقي، فله ثوبٌ أو دابَّةٌ، أو إنْ رددتُه، فعلي أن أُرضِيَكَ أو أُعطِيَكَ شيئاً، فسد العقد والمستحَقُّ بالعمل أُجرةُ المثل، وكذا لو جَعَلَ الجُعْلَ خمراً أو خنزيراً، ولو جَعَل الجُعْلَ ثوباً مغصوباً، ذكر الإمامُ احتمالَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: يُخرِّجه على القَولَيْنِ فيما إذَا جَعَلَ المغْصُوب صَدَاقاً، حتَّى يرجع في قولٍ إلَىٰ قيمة ما يقابل الجُعْل، وهو أجرةُ المِثْل، وفي قول إلَىٰ قيمة المسمَّىٰ.

وثانيهما: القطْعُ بأُجرةِ المِثْل؛ لأنَّ العِوَضَ ركْنٌ في هذه المعاملة؛ بخلاف الصداق، ولو قال: من رَدَّ عبْدِي، فله سَلَبُهُ أو ثِيَابُهُ قال في «التتمة»: إن كانت معلومةً أو وصفها بما يفيدُ العِلْمَ، فللرادِّ المشروطُ، وإلاَّ، فله أُجْرَةُ المِثل، فإنْ قال: فله نِصْفُهُ أو رُبْعُهُ، فالجوابُ في «التتمة» الصِّحةُ، وفي «أمالي» أبي الفرج السرخسيِّ المنعُ، وهو قريبٌ من ٱستئجار المرْضِعة (بجزء) من الرقيق الرَّضيع بعد الفِطَام، ثم في الفصْلِ مسألتان:

الأُولَىٰ: لو قال: منْ ردَّ عبْدِي من بلَدِ كذا، فله دينارٌ، فيجيء أولاً فيه الخلافُ المذكورُ في أنَّ العَمَلَ المعلومَ، هَلْ يجوزُ فيه الجَعَالة.

إنْ قلْنا: نعم، وهو الأصَحُّ فمَنْ ردَّه من نصف الطريق، ٱستحق نِصْفَ الجُعْلِ،

---

(١) قال النووي: فمن ذلك أنه لو قال: من أخبرني بكذا، فله كذا فأخبره به إنسان فلا شيء له، لأنه لا يحتاج فيه إلى عمل كذا صرح به البغوي وغيره.

ومن ردَّه من ثُلثه، ٱستحقَّ الثُلُثَ، وإن ردَّه مِنْ مكانٍ أبْعَد، لم يستحقَّ زيادة؛ لأنَّهُ لم يلتزم وإنْ قال: إن رددتُّما عبْدِي، ملكما كذا، فردَّه أحَدهُمَا، استحقَّ نصف الجعل؛ لأنه لم يلتزمْ له أكثر مِنْ ذلك ولو قال: إنْ رددتُّما عَبْدِي، فرد واحد منهما أحدَ العَبْدَيْنِ[١] لم يستحقَّ إلاَّ الرُّبعَ.

وفي هذه الصُّورة شُبْهةٌ؛ لأنَّه ٱلاَلتزامَ معلَّقٌ بالرَّدِّ مِنْ ذلك البلد، وبرد العبدين، ولو توزَّع الجعلِ في الجعَالَةِ على العَمَل، لا يستحقُّ النصْفَ، إذا ردَّ من ذلك البَلَد إلَىٰ نصْفِ الطَّريقِ، ولما وقَع النَّظَر إلَىٰ كونه المأتى به نافعاً أو غيرَ نافعٍ، كما في الإجارة.

الثانية: قال: من، ردَّ عبْدي، فله كذا، فاشترك في ردِّه اثنان أو جماعةٌ، فالجُعْلُ مشتَرَكٌ. ولو قال لنَفَرٍ: إنْ رددتُّمْ عبدي، فلكم كذا، فردُّوه، فكذلك، ويقسم بيْنَهُم على عددِ الرؤوس؛ لأنَّ العَمَلَ في أصْلِه مجْهُولٌ، ولا نظَر إلَىٰ مقدارِه في التوزيع، قال الإمامُ: لا يبعُدُ أن يُقَال: إنَّما يدفعُ الجُعْلَ إليهم عند تمام العَمَل، وحِينَئذٍ، فقد ٱنضبط العَمَل، فيوزَّع على أجور أمْثالِهِمْ.

ولو قال لزَيْدٍ: إن رددتَّه، فلك دينارٌ، فردَّه بشركة غيره، فلا شيْءَ عليه لذلك الغيْر؛ لأنَّهُ، لم يلتزمْ، وأمَّا زيدٌ فإن قصد الغير معاونَتَه، وإمَّا بعوض أو مجَّاناً، فله تمامُ الجُعْل؛ لأنَّه قد يحتاج إلَى ٱستعانة بالغير، ومقصود المالك ردُّ العبد بأيِّ وجهٍ أمْكن، فلا يُحْمَل لفظه علَىٰ قِصَر العمل على المخاطب، ولا شيْء لذلك الغَيْر على زيد، إلاَّ أنْ يلتزمَ أُجْرَةً، ويستعين به، وإن قال: عملْتُ للمالك، لم يكنْ لزَيْدٍ تمامُ الجُعْلِ. قال الإمامُ: ويُعْتَرضُ بالنَّظَرِ في أنَّ التَّوزيعَ على الرؤوس أو على قدر العمل؟ ورأيُ الظاهرِ التوزيعُ على العمل، لكنَّ المشهورَ الأوَّلُ، وعلى ذلك ينطبقُ قولُهُ في الكتاب: «وللعامل نصْفُ دينارٍ».

وليس قوله: «وإنْ قَصَدَ طلبَ أُجْرَة» لتخصيص الحكم به، فإنَّهُ إذا قصد العَمَلَ للمالك، فلا فرْقَ بين أن يقصد الشركة في الجُعْل، وبيْن أنَّه يقصدَ التبرعِ، ولا شارَكه ٱثْنَانِ في الرَّدِّ، فإنْ قصد إعانة زيْدٍ، فله تمامُ الجُعْلِ، وإن قصَدَ العَمَلَ للمالِك، فله ثُلُثُه، وإن قصَدَ أحدُهُما إعانتَه، والآخَرُ العمَلَ للمالِك، فله الثُلُثَانِ، وقد خَطَر بالبالِ ههنا أنَّ العاملَ المُعيَّنَ، هل يُوَكِّل الغير؛ لينفرد بالردِّ كما يستعينُ به، وأنَّه إذا كان النداءُ عامَّاً، فوكَّل رَجُلٌ غيْرَه، لِيَرُدَّ له، هل يجُوز؟ ويشبه أنْ يكونَ الأولُ كتوكِيْلِ الوَكِيل.

---

(١) سقط في: ب.

والثَّاني: كالتَّوْكيل بالاحتطاب والاستقاء(١).

ولو قال لواحدٍ: إنْ رددتَّه، فلك كذا، ولآخر: إن رَددتَّهُ، فلك كذا، ولثالثٍ: إن رددتَّه، فلك كذا، فاشتركوا في الردِّ.

قال الشافعيُّ رضي الله عنه لكلِّ واحدٍ منهم ثلثُ ما جعل لهُ اتَّفقتِ الأجْعَالُ أو اختلَفَتْ. قال المَسْعُودِيُّ: وهذا إذا عَمِل كلُّ واحدٍ منهم لنفسه، أمَّا إذا قال أحدُهُم: أَعَنْتُ صاحِبِي، وعمِلْتُ لهما، فلا شَيْءَ لهُ، ولكلِّ واحدٍ منْهُما نِصْفُ ما شَرَطَ له، ولو قال اثنانِ: عَمِلْنا لصاحِبَنا، فلا شيْءَ لَهُمَا، ولَهُ جميعُ المَشروط له، ثم في الحُكْم بأنِ لكلِّ واحدٍ منهما الثُلُثَ تصريح بالتوزيع علىٰ عددِ الرؤوس، وعلى هذا فلو ردَّه اثنان منْهم، فلكلِّ واحدٍ منهما نِصْفُ المَشْرُوط له وإن أعانهم رابعٌ في الردِّ، فلا شَيْءَ لَهُ، ثم إنْ قال: قَصَدتُ العملَ للمَالِك فلكلِّ واحدٍ من الثلاثةِ رُبُعُ المَشْروط له.

وإنْ قال: أعَنْتُهُمْ جَميعاً، فلكلِّ واحدٍ منْهم ثُلُثُ المشْرُوط، كما لو لم يكنْ معهم غَيْرُهُمْ. وإن قال: أَعَنْتُ فُلاَناً، فلَهُ نِصْفُ المشْرُوط له، ولكلِّ واحدٍ منَ الآخرين رُبُعُ المَشْروط له، وعلَىٰ هذا القياس؛ لو قال: أَعَنْتُ فلاناً فلاناً، فلكلِّ واحدٍ منهما رُبُعُ المَشْروط له وثمنه، وللثَّالث رُبُعُ المَشْروط له.

ولوْ قالَ لواحدٍ: إنْ رددته، فلك دِينارٌ، وقال لآخر: إن رَدَدتَّه، أرخيتك، أو فلَكَ ثوْبٌ فردَّه، فللأوَّل نِصْفُ الدينارِ، وللثاني نِصْفُ أُجْرَةِ المثْل(٢).

قَالَ الغَزَالِيُّ: **أَمَّا أَحْكَامُهَا فَالجَوَازُ مِنَ الجَانِبَيْنِ كَالقِرَاضِ وَجَوَازُ الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ قَبْل فَرَاغِ العَمَلِ وَوُجُوبُ اسْتِحْقَاقِ الأُجْرَةِ عَلَىٰ تَمَامِ العَمَلِ حَتَّى لاَ يَسْتَحِقُّ بِالبَعْضِ البَعْضَ، بَلْ لَوْ مَاتَ العَبْدُ عَلَىٰ بَابِ الدَّارِ أَوْ هَرَبَ قَبْلَ التَّسْلِيم فَلاَ حَقَّ**.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْفَصْلُ الثَّانِي: في أحكامِ الجَعَالَةِ؛ فمنْها: الجوازُ، فَلِكلِّ واحدٍ مِنَ المالِكِ والعَامِلِ فَسْخُهُ قبلَ تَمام العَمَل، قالَ في «التتمة»: لِأنَّ الجَعَالَةَ تُشْبِهُ الوَصِيَّةَ مِنْ حيْثُ إنَّها تعليقُ استحقاق بشَرْطٍ، والرُّجوعُ عن الوصيَّة جائز، فكذلك ههنا، وبعد تمام العَمَل؛ لا معنى للفسخ ولا أثر له؛ لأنَّ الدَّيْنَ قد لزم(٣)، ثم إن اتَّفقَ الفَسْخُ قَبْلَ

---

(١) قال النووي: ولو قال: أول من يرد أبقي فله دينار فرده اثنان، استحقا الدينار وستأتي هذه المسألة إن شاء الله تعالى في آخر الطرف الثالث من الباب السادس في تعليق الطلاق.

(٢) قال النووي: ولو قال المعين للثلاثة مثلاً في الصور السابقة أردت أن أخذ الجعل من المالك، لم يستحق شيئاً، وكان لكل من الثلاثة ربع الشروط له.

(٣) العبارة الوافية أن يقال: لأن الجعل قد لزم أو استحقه العامل أو ملكه العامل ملكاً لازماً أو غير ذلك مما يشمل العين والدين. قاله الشيخ البلقيني.

الشُّروع في العمل، فلا شيْءَ للعاملِ، وإن كان بعْدَهُ، فإنْ فسَخَ العامِلُ لم يستحقَّ لما عمل شيئاً؛ لأنَّهُ امتنع باختياره، ولم يَحْصُلْ غرضُ المالِك بما عَمِل، وإنْ فَسَخ المالِكُ، فوجهان مذكوران في «التهذيب»:

أَحَدُهُمَا: أنَّه لا شيْء لَلعامل أيضاً، كما لو فسخ بنَفْسِه.

وأَصَحُّهُمَا: أنَّه يستحقُّ أُجْرَةَ المثْل لما عمل كَيْلاَ يحبط سعْيُه بفسخِ غيرِه، وهذا ما أورده المعظمُ، وربما عبَّروا عنه بأنَّهُ ليس له الفَسْخُ؛ حتى يَضْمَنَ العامِلَ أُجْرَةَ مثل ما عمل. وذكر الإمامُ فيما إذا فَسَخَ المالِكُ بعْد الشُّروع في العمل، والعاملُ معيَّنٌ أنه لا يبعد تخريجُه على الخلاف في عزْل الوكيل في غيبته، وهذا بعيدٌ عن كلام الأصْحَابِ.

ورَدَّ أبو سعيد المتولِّي هذا التشبيه إلى شيْءٍ آخرَ، وهو أنَّ ما يعمله العامِلُ بعد الفسخ لا يستحق عليه شيئاً إن كان عالماً بالفسخ، فإن لم يعلمه بنى على ذلك الخلافَ. وكما ينفسخ الجعالة بالفسخ تنفسخُ بالمَوْتِ، ولا شيءَ للعامِل بما يَعْملُ بعد مَوْت المالِكِ، ولو قَطَعَ بعْضَ المسافة، ثم مَاتَ المَالِكُ، فردَّه إلَىٰ وارثه، استحَقَّ من المسَمَّىٰ بقدر ما عمِلَ في حياته، ذكره أبو الفرج السَّرْخَسِيُّ.

ومنها: أنَّهُ يجوز التصرُّفُ في الجُعْلِ بالزيَادةِ والنُّقْصَانِ، وبغيرِ الجنس قَبْل العمل فلو قال: منْ رَدَّ عبْدي، فلَهُ عَشَرةٌ، ثم قال: من ردَّه، فَلَهُ خمسةٌ، أو بالعكْس، فالاعتبار بالنِّداء الأخيرِ، والمذكورُ فيه هو الذي يستحقُّهُ الرادُّ.

نعم لو لم يَسْمَعِ العاملُ النداءَ الأخِيرِ قال في «الوسيط»: احتمل أنْ يقال: يرْجِعُ إلَىٰ أُجْرَة المِثْلِ.

ثم قولُه في الكتاب «قبْلَ فَرَاغ العملِ» يقتضي جوازَ الزيادةِ والنقصانِ، ما لم يتمَّ العملُ، وفي «المهذَّبِ» وغيره أنَّه يَجوزُ ذلكَ قَبْلَ العملِ، كما قدَّمناه، وهذا يشعر بما قبلَ الشُّروع، ولا شكَّ في جَوَازِ هَذَا التصرُّفِ قَبْلَ الشُّروع، وأمَّا في أثناء العَمَلِ، فالظَّاهرُ تأثيرُه في الرجُوع إلَىٰ أجْرةِ المِثْلِ؛ لأنَّ النداء الأخير فَسْخٌ للأول والفسخ في أثناء العمل يَقْتَضِي الرُّجوعَ إلى أُجْرَةَ المِثْلِ.

ومنها توقُّف استحقاقِ الجُعْلِ على تمام العَمَل حَتى لو سَعَىٰ في طلب الآبق وردِّه، فمات في الطريق، أو علىٰ باب دارِ المَالِكِ، أو هرَب أو غصَبَهُ غاصبٌ، أو تركه العامل، أو رَجَع بِنَفْسِهِ فلا شيء عليه للعامل، لأنَّ الاستحقاقَ معلّقٌ بالرجوع[1] وهو

(١) قال النووي: ومنه لو خاط نصف الثوب فاحترق، أو تركه، أو بنى بعض الحائط فانهدم، أو تركه، فلا شيء للعامل. قاله أصحابنا.

المقصودُ، ويخالف ما إذا استأجرَه ليحج عنه فأتى ببعض الأعْمَال، ومات حيث يستحق من الأُجْرَة بقدر ما عمل في أحدِ القولين، وفرقوا بينهما من وجهين:

أَحَدُهُمَا: أنَّ المقصود من الحج الثوابُ، وقد حَصَلَ ببعض العمل بعض الثواب، وها هنا لم يحصل شيئاً من المقصود.

والثاني: أنَّ الإجارَةَ لازمةٌ تَجبُ الأُجْرَة فيها بالعَقْد، وتستقرُّ شيئاً فشيئاً، والجعَالة جائزةٌ لا يثبت شيْءٌ فيها إلاَّ بالشَّرْط، ولم يوجَدْ، وإذا ردَّ الآبق، لم يكن له حبسه إلى استيفاء الجُعْل؛ لأنَّ الاستحقاقَ بالتسليم، ولا حبس قبل الاستحقاق.

ولو قال: إنْ علَّمتَ هذا الصبيَّ أو علَّمْتَني القرآنَ، فلك كذا، فعلَّمه البعْضَ، وامتنعَ منْ تعليم الباقي، فلا شيءَ له، وكذا لو كان الصبيُّ بليداً لا يتعلَّم كما لو طلب العَبْدَ، فلم يجدْه، ولو مات الصَّبِيُّ في أثناء التعليم، اَستحقَّ الأجرة لما علَّمه لوقوعه مَسلَّماً بالتَّعْلِيم؛ بخلافِ ردِّ الآبق، فإنْ تسلُّم العمل بتسليم الآبِق، وهَهُنَا، ليْسَ علَيْه تسْلِيم الصَّبيّ، ولا هو في يدَهِ، وإن منعه أبوه منَ التَّعليم، فللمعلِّم أُجْرَةُ المِثْل لما علَّم، قاله في «الشامل».

وقوله «ووجوب استحقاق الأجْرَة» أراد بالأجْرَةِ الجُعْلَ، لما بينهما من التفاوُت.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَإِنْ أَنْكَرَ المَالِكُ شَرْطَ أَصْلِ الجُعْلِ، أَوْ شَرْطَهُ فِي عَبْدٍ مُعَيَّنٍ، أَوْ سَعْيَ العَامِلِ في الرَّدِّ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ، وَإِنْ تَنَازَعَا فِي مِقْدَارِ الجُعْلِ تَحَالَفَا وَالرُّجُوعُ إِلَىٰ أُجْرَةِ المِثْلِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا جاء بَعبْدِه الآبِقِ، وطالبه بالجُعْلِ، فقال: ما اشترطْتُ جُعْلاً، أو قال: شرطْتُهُ علَىٰ عَبْدٍ آخر، لا على هذا العَبْد، ولو قال: ما سَعَيْتَ في ردِّه، وإنَّما عادَ العَبْدُ بِنَفْسِهِ، فالقول قولُ المالك؛ لأنَّ الأصْلَ عدمُ الشرطِ والردِّ.

ولو اختلَفا في القدْرِ المشروطِ[1]، تحالَفا، وللعامِل أُجْرَةُ المثل[2]، كما لو اختلفا في الإجارة، وكذا لو قال المالِكُ: شرطُتُ الجُعْلَ علَىٰ ردِّ عبدين، فقال العاملُ: بل على ردِّ الذي ردَدتُّ.

فروع:

الأوَّل: لوْ قَال: مَنْ ردَّ عبْدي إلَي شَهْرٍ، فله كذا. فعن القاضي أبي الطيِّب: أنَّه

(١) بعد الفراغ من العمل أو بعد الشروع، وقلنا: للعامل قسط ما عمله.

(٢) وفسخ العقد كما لو اختلفا في الإجازة، أما قبل الشروع فلا استحقاق له فلا تحالف.

لا يجوز؛ لأنَّ تقدير المدَّةِ يُخلُّ بمقصُود العقْد؛ فإنَّهُ ربما لا يَظْفَرُ به في تلْك المدة، فيضيعُ سعْيُه، ولا يَحْصُلُ غرض المَالِك، وهذا كما أنَّهُ لا يجُوز تقدير مدَّة. القِراضِ.

الثاني: إذا قال: بعْ عبدي هذا أو اْعمَلْ كذا، ولكَ عَشرةُ دَرَاهِمَ، ففي بعض التصانِيف أنَّه، إنْ كان العمَلُ مضبُوطاً مُقدَّراً، فهو إجارةٌ، وإن احتاج إلى تردد أو كان غير مضبوطةِ فهو جعَالة.

الثالث: لَمْ أجِدْهُ مسْطُوراً.

يد العامل على ما يحصل في يده إلَىٰ أنْ يرده يدَ أمانةً، ثمَّ لو رفع اليد عن الدابَّة، وخلاَّها في مضيعةٍ، فهو تقصير مضمن ونفقة العَبْد، وعلف الدابَّةِ في مدَّة الرد يجوزُ أنْ يكونَ علَىٰ ما ذكَرْنا في مكتري الجمال، إذا هرب مالكها، وخلاَّها عنْده، ويجُوزُ أنْ يُقَالَ: ذاك أمرٌ أمضت إلَيْه ضرورةٌ، وههنا، أثبت العاملُ يده عليه باختياره، فيتكلَّفُ مؤنته، ويؤيد هذا بالعَادَة(١).

الرابع: قال لغَيْره: إنْ أخبرتني بخُرُوجِ فلانٍ من البَلَد، فلك كذا، فأخبره، ففي فتاوى القفَّال: أنَّهُ إنْ كان له غرضٌ في خروجه، اْستحق وإلا فلا، وهذا يقتضي أنْ يَكُونَ صادقاً، فإنَّ الغَرَضَ حينئذ يَحْصُلُ، بخلاف ما إذا قال: إنْ أخبرتني بكذا، فأنتِ طالقٌ، فأخبرَتْه كاذبةً، وينبغي أيضاً أنْ يُنْظرَ فِي أنَّهُ، هلْ يناله تعبٌ أم لا(٢)؟ واللَّهُ أعلمُ.

---

(١) قال النووي: عجب قول الإمام الرافعي في نفقة المردود: لا أعلمه مسطوراً، وأنه يحتمل أمرين، وهذا قد ذكره القاضي ابن كج في كتابه «التجريد» وهو كثير النقل عنه، فقال: إذا أنفق عليه الراد، فهو متبرع عندنا. وهذا الذي قاله، ظاهر جارٍ على القواعد. وقول الرافعي: وخلاها في مضيعة، لا حاجة إلى التقييد بالمضيعة، فحيث خلاها، يضمن.

(٢) قال النووي: ومما يتعلق بالباب، وتدعو إليه الحاجة، ما ذكره القاضي حسين وغيره، وهو مما لا خلاف فيه، أنه لو كان رجلان في بادية ونحوها، فمرض أحدهما، وعجز عن السير، لزم الآخر المقامُ معه، إلا أن يخاف على نفسه، فله تركه. وإذا أقام، فلا أُجرة له. وإذا مات، أخذ هذا الرجل ماله وأوصله إلى ورثته، ولا يكون مضموناً، قال القاضي: وكذا لو غشي عليه، قال: وأما وجوب أخذ هذا المال، فإن كان أميناً، ففيه قولان كاللقطة. وعندي، أن المذهب هنا الوجوب.

ومنها: ما ذكره ابن كج، قال: إذا وجدنا عبيداً أبقوا، فالمذهب أن الحاكم يحبسهم انتظاراً لصاحبهم. فإن لم يجيء لهم صاحب، باعهم الحاكم وحفظ ثمنهم. فإذا جاء صاحبهم، فليس له غير الثمن. وإذا سرق الآبق، قُطع كغيره.

كِتَابُ إِحْيَاءِ المَوَاتِ

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَالمُشْتَرَكَاتُ ثَلاَثَةٌ، أَرَاضِي وَمَعَادِنُهَا وَمَنَافِعُهَا أَمَّا الأَرَاضِي فَالمَوَاتُ مِنْهَا يُمْلَكُ بالإِحْيَاءِ، قَالَ ﷺ: «مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ»، وَالمَوَاتُ كُلُّ مُنْفَكٍّ عَنِ ٱخْتِصَاصٍ، وَالاخْتِصَاصِ سِتَّةُ أَنْوَاعٍ: النَّوْعُ الأَوَّلُ العِمَارَةُ فَلاَ يُتَمَلَّك مَعْمُورٌ، وَإِنِ ٱنْدَرَسَتِ (و) العِمَارَةُ فَإِنَّهَا مِلْكٌ لِمُعَيَّنٍ أَوْ لِبَيْتِ المَالِ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ عِمَارَةً جَاهِلِيَّةً وَلَمْ يَظْهَر، أَنَّهَا دَخَلَتْ فِي يَدِ المُسْلِمِينَ بِطَرِيقِ الغَنِيمَةِ أَوِ الْفَيْءِ حَتَّى يَجْرِيَ حُكْمُهَا فِفِي تَمَلُّكِهَا بِالإِحْيَاءِ (و) قَوْلاَنِ لِتَعَارُضِ أَصْلِ الإِبَاحَةِ وَظَاهِرِ ٱسْتِيلاَءِ المُسْلِمِينَ عَلَيْهِ، وَمَعْمورُ دَارِ الحَرْبِ لاَ يُمْلَكُ إِلاَّ كَمَا (و) يُمْلَكُ سَائِرُ أَمْوَالِهِمْ، وَمَوَاتُهَا الَّذِي لاَ يَذُبُّونَ المُسْلِمِينَ عَنْهَا يَمْلِكُهَا المُسْلِمُونَ وَالكُفَّارُ جَمِيعاً بالإِحْيَاءِ، بِخِلاَفِ مَوَاتِ الإِسْلاَمِ فَإِنَّ الكُفَّارَ لاَ يَمْلِكُونَهَا (ح) بِالإِحْيَاءِ، أَمَّا مَوَاتٌ يَذُبُّونَ عَنْهَا فَإِذَا ٱسْتَوْلَىٰ طَائِفَةٌ عَلَيْهَا فِفِي ٱخْتِصَاصِ المُسْتَوْلِينَ بِهَا دُونَ الإِحْيَاءِ خِلاَفٌ، قِيلَ: إِنَّهُمْ يَمْلِكُونَ، وَقِيلَ: هُمْ أَوْلَىٰ بِالتَّمَلُّكِ بِإِحْيَائِهِ وَقِيلَ: لاَ أَثَرَ لِمُجَرَّدِ ٱلاسْتِيلاَءِ فِيمَا لَيْسَ بِمَمْلُوكٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أكثر أبواب «المُخْتَصر» في هذا الموضِع إِلَىٰ آخر الرُّبُع في «العطايا»، إمَّا من الشارع كما في «إحياء المَوَات» و«المَوَارِيث» أو من الآدَمِيِّين.

«الهبة» و«الوصية». والأَصْلُ في إحياء المَوَات[1] ما رُوِيَ عنْ سعيدِ بْنِ زَيْدٍ أن

---

(١) إحياء الموات: الموات هو الأرض الخراب الدارسة تسمى: ميتة، ومواتاً، وموتاناً بفتح الميم والواو.
والمَوْتَان بضم وسكون الواو الموت الزريع.
ورجل مَوْتان بفتح الميم وسكون الواو يعني أعمى القلب.
ينظر المغني لابن قدامة ٤١٦/٥.
والموات اصطلاحاً:
عرفه الشافعية بأنه: أرض لا مالك لها، ولا ينتفع بها أحد.
عرفه المالكية بأنه: الأرض الخالية عن الاختصاص. =

رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قال: «مَنْ أَحيَا، أَرْضاً مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ وليَسَ لِعَرَقٍ ظَالمٍ حَقٌّ»(١). وعن عائشةَ رَضِيَ اللَّهُ عنها عن النبيِّ ﷺ أنه قال[: «مَنْ عَمَّرَ(٢) أَرْضاً لَيسَتْ لِأَحَدٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا»(٣) وعنْ سَمُرَةَ أنه ﷺ قال: «مَنْ أَحَاطَ حَائِطاً عَلَىٰ أَرْضٍ فَهِيَ لَهُ»(٤).

وَرُوِيَ أَنَّهُ ﷺ قال:] «عادى الأَرْض لِلَّهِ وَرَسُولِهِ ثُمَّ هِيَ لَكُمْ»(٥).

وَرَوَى ثوبان: «الأَرْضُ لِلَّهِ وَرَسُولِهِ ثُمَّ هِيَ لكُمْ] مِنِّي أَيُّهَا المُسْلِمُونَ». يعني المَوَاتَ، وهي: بفتح الميم والواو.

وقال الخَطَّابيُّ: وفيه لُغَةٌ أُخْرَىٰ، وهو فَتح الميم وتسكينُ الواوِ، فأمَّا المُوْتَان بضَمِّ الميمِ وسكونِ الواو، فهو الموت الذريع، فدلَّت هٰذه الأخبارُ وما في معناها علَىٰ

= عرفه الحنفية بأنه: أرض لم تملك في الإسلام أو ملكت ولم يعرف مالكها وتعذر زرعها بانقطاع الماء أو غلبته أو نحوهما.
عرفه الحنابلة بأنه: الأرض الخراب الدارسة.
حاشية الباجوري ٢/٣٨، حاشية الدسوقي ٤/٦٦، الدرر ١/٣٠٦٤ المغني لابن قدامة ٦/ ١٤٧.

(١) تقدم في الغصب.

(٢) قال الحافظ في التلخيص: عَمر بفتح العين وتخفيف الميم، ووقع في البخاري: «من أعمر» بزيادة ألف في أوله، وخطىء راويها، وقال ابن بطال، يمكن أن يكون اعتمر فسقطت التاء من النسخة، وفي الباب عن فضالة بن عبيد، ومروان عند الطبراني، وعن عمرو بن عوف المزني عند البزار وغيره.

(٣) أخرجه البخاري حديث (٢٣٣٥)، وأحمد والنسائي.

(٤) أخرجه أحمد وأبو داود حديث (٣٠٧٧) عنه والطبراني والبيهقي (٦/ ١٤٢) من حديث الحسن عنه وقال الحافظ في التلخيص: وفي صحة سماعه منه خلف، ورواه عبد ابن حميد من طريق سليمان اليشكري عن جابر.

(٥) ذكره الحافظ وعزاه للشافعي (١٣٤٩) عن سفيان عن ابن طاوس مرسلاً باللفظ الأول، وزاد: «من أحيى شيئاً من موتان الأرض فله رقبتها» والبيهقي (٦/ ١٤٣) من طريق قبيصة عن سفيان باللفظ الثاني لكن قال: «فله رقبتها» قال: ورواه هشام بن طاوس فقال: «ثم هي لكم مني» ثم ساقه من طريق أبي كريب نا معاوية بن هشام نا سفيان عن ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس رفعه: «موتان الأرض لله ولرسوله، فمن أحيى منها شيئاً فهو له» تفرد به معاوية متصلاً وهو مما أنكر عليه.
قوله في آخره: أيها المسلمون، مدرج ليس هو في شيء من طرقه، وقد استدل بها الرافعي فيما بعد على أن الاحياء يختص بالمسلمين وهو متوقف عن ثبوتها في الخبر، وقد تبع في إيرادها البغوي في التهذيب، والإمام في النهاية، وقوله: عادى الأرض بتشديد الياء المثناة يعني القديم الذي من عهد عاد وهلم جراً، وموتان بفتح الميم والواو قاله ابن بري وغيره، وغلط من قال فيه موتان بالضم.

حصُولِ المِلْكِ بالإِحياء، وعلَىٰ جواز الإحياء، ويدُلُّ على ٱستحبابه ما رُوِيَ عن جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنَّهُ ﷺ قال: «مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً، فَلَهُ مِنْهُ أَجْرٌ وَمَا أَكَلَهُ العَوَافي[(١)] مِنْهَا فَهُوَ لَهُ صَدَقَةٌ»[(٢)].

وقولُهُ: «والمشتركات ثلاثةٌ»: أشار به إلى أن الأرض، والأَعْيَان الخارجة منها، والمنافع المُتَعلِّقة برقبتها مخلوقةٌ لمنافع سُكَّانها، والأَصْلُ فيها الاشتراكُ على معْنَىٰ أنَّ لكلِّ أحَدٍ أنْ ينتفعَ بها، يعرض فيها الاختصاصُ بالمِلْك وغيره؛ بعد أنْ لم يَكُنْ، ومقصودُ الكتابِ الكلامُ في رقاب الأرض، وفي منافعها، وفي الأعيانِ الخَارِجةِ منْها، وبيان أنَّهَا كيْفَ تُمْلَكُ ويحدث فيها الاختصاص؟ البَابُ الأَوَّلُ: فِي رِقَابِ الأرض، وهي قسمان:

القسم الأول: أراضي بِلاد الإسْلام، ولها أحوالٌ ثلاثة:

الحَالةُ الأولَىٰ: ألاَّ تكونَ معمُورةً في الحالِ، ولا من قبلُ، فيجوزُ تملُّكُهَا بالإحياء، سواءٌ أَذِنَ فيه الإمامُ، أو لم يأذَنْ، ويكْفِي إِذْنُ رسُولِ اللَّهِ ﷺ فيه.

وقال أبو حنيفةَ: لا بدَّ من إذن الإمَام فيه، وبه قال مالِكٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فيما إذا كان المَوْضِعُ قريباً من العمران يقع فيه المَشاحَّة، ثم يَخْتَصُّ ذلك بالمسلمين، وليس للذميِّ تملُّكُهَا بالإحياء، ولا يأذَنُ له الإمامُ فيه، ولو أَذِنَ له الإمام، وأحياها لم يَملكَ، وفي قوله ﷺ: «هِيَ لَكُمْ مِنِّي أَيُّهَا المُسْلِمُونَ». ما يقتضي التخصيص بهم.

وفيه وجه آخر: أَنَّهُ يَمْلِكُ إِذَا أَذِنَ الإمامُ فيه؛ لأَنَّهُ موضعُ ٱلاُجتهاد، وبهذا قال الأُسْتَاذُ أبو طاهر. وإذا قلنا بالأوَّلِ، فلو كان له فيه عيْنٌ، مال: [فله] نَقْلُهُ، فإنْ بَقِيَ بعد النقل أثر العمارةِ، قال القاضي ابنُ كَجٍّ: إنْ أحيا مُحْيٍ بإِذْنِ الإمام، يملكه، وإن لم يأذنْ، فوجهان[(٣)]، وإنْ تَرَكَ العمارةَ متبرِّعاً، تولَّى الإمَام أخذ غَلَّتها، وصرفها إِلَىٰ مصالحِ المسلمين، ولم يجزْ لأحدٍ تملُّكُها.

---

(١) العوافي جمع عافية وهم طلاب الرزق.

(٢) قال الحافظ في التلخيص: رواه أحمد (٣/ ٣١٣، ٣٢٦) والنسائي. وابن حبان من طريق عبيد الله بن عبد الرحمن عنه، وصرح عند ابن حبان بسماع هشام بن عروة منه، وبسماعه من جابر، ورواه أيضاً من طريق وهب بن كيسان عن جابر الجملة الأولى، واستدل به ابن حبان على أن الذمي لا يملك الموات، لأن الأجر إنما يكون للمسلم، وتعقبه المحب الطبري بأن الكافر يتصدق ويجازي عليه الدنيا كما ورد به الحديث، قلت: وقول ابن حبان: أقرب للصواب، وظاهر الحديث معه، والمتبادر إلى الفهم منه إن إطلاق الأجر إنما يراد به الأخروي، والله أعلم.

(٣) قال النووي: لعل أصحهما الملك، إذ لا أثر لفعل الذمي.

وقال أبو حنيفةَ ومالكٌ وأحمدُ رضي الله عنهم: الذِّمي والمُسْلِمُ في الإحياء سواءٌ كما في الاحتطابِ والاحتشاشِ والاصطيادِ في دار الإسلام. والفَرْقُ عندنا: أنَّ الحطبَ والحَشِيشَ والصَّيدَ يختلف، ولا يتضرَّر المسلمون بأنْ يتملَّكَهَا الذميُّ بخلاف الأراضي، وكذلك للذمِّيِّ نَقْلُ ترابِ مواتِ دارِ الإسلام، إذا لم يتضرَّرْ به المسلِمُون، والمستأمن كالذميِّ في الإحياء وفي الاحتطاب ونَحْوِه، والحَرْبِيُّ ممنوعٌ من جميع ذلك.

والحالة الثانية: إذا كانتْ معمورةً في الحال، فهي لمُلاَّكِها[1]، ولا مَدْخلَ فيها للإحياء؛ لأنَّ الإحياءَ لإحْداثِ المِلْكِ، وهي مملوكةٌ.

والحالة الثالثة: إذا لم تكُنْ معمورةً في الحَالِ، ولكنَّها كانَتْ معمورةً منْ قبلُ، فيُنْظَرُ؛ إن عُرِفَ مالِكها، فَهِي له ولورثَتِهِ، ولا تملَّك بالإحياءِ ولا بالعمارةِ، وإن لم يَعْرِفُ نظر؛ إن كانت العمارةُ إسلاميةً، فهي إمَّا لمسلم أو لذميٍّ، وحكْمُهَا حُكْمُ الأموال الضائعةِ. قال في «النهاية»: والأمر فيه إلَىٰ رأي الإمام، إن رأَىٰ حفْظه إلَىٰ أن يَظْهَرَ مَالِكُه، فإن رأى بيعهِ وحفظ ثمنه، وله أنْ يَسْتقرضه على بيتِ المالِ. هذا ظاهر المَذْهبِ، وفيه خلافٌ سيأتي[2].

---

(١) إن عرف مسلماً كان أو ذمياً أو نحوه أو لوارثه ولا يملك ما خرب منه بالإحياء، نعم استثنى الماوردي ما أعرض عنه كافر قبل القدرة عليه، فإنه يملك بالإحياء.

(٢) قال في الخادم: ما نقله عن الإمام من جواز البيع استشكله بعض المتأخرين وقال: ينبغي امتناع بيع الأرض؛ لأنه لا مصلحة فيه؛ وهي محفوظة بنفسها إلى أن يظهر مالكها أكثر من حفظ ثمنها، قال: والظاهر أن الإمام إنما أراد الآلات.

ورد صاحب الخادم ذلك فقال: كلام الإمام في الأرض لا في العمارة التي كانت عليها فإنه قال قسم الشافعي الأراضي، وعبَّر عنها بالبلاد إلى أن قال: وأما العمارة فقسمان: قسم لم يجر عليه ملك إلى أن قال: وقسم جرى عليه ملك، ثم درست العمارة فهو ملك لمالكه، والأملاك لا تحيى بزوال العمارة، قال صاحب الخادم: ويؤيد ما حكاه الرافعي هنا عن الإمام من البيع ما ذكره في الروضة آخر الجعالة عن ابن كج فيما إذا وجد عبيداً أبقوا فمذهبنا أن الحاكم يحبسهم انتظاراً لصاحبهم، فإن لم يجيء لهم صاحب، باعهم الحاكم وحفظ ثمنهم، قيل: وما جزم به النووي تبعاً للرافعي من جواز الاستقراض على بيت المال، لعله في الأعيان التي عمر لها في الأرض إذا رأى قلعها، أما الأرض فلا تقرض.

قال الزركشي: والظاهر أن مراد الرافعي والإمام استقراض ثمن الأرض إذا باعها لا استقراض نفس الأرض، وهذا الذي قاله الزركشي يتمشى على منع قرض جزء من العقار، وقد صرح صاحب التتمة بجوازه، وذكره الرافعي في باب الشفعة، وعلى هذا فالكلام على ظاهره ولا حاجة إلى تأويل ما ذكره قيل أيضاً: ما جزم به الشيخ تبعاً لأصله من حفظه إلى ظهور مالكه محله إذا توقع ظهور مالكه، فإن لم نتوقع معرفته فيصير حينئذٍ مصروفاً إلى ما يصرف فيه أموال بيت المال، وهذا جائز في كل مال ضائع قاله الشيخ ابن عبد السلام في قواعده.

وعند أبي حنيفةَ: يجوزُ تملُّكُهَا بالإحْياء؛ لأنَّها بأندراس العمارة عادَتْ مواتاً، وعن مالكٍ مثلُهُ، وعنْه أنَّه، إن تركها مختاراً، عادت مواتاً، وإن خربت بموته أو غيبته، فلا. وإن كانت العمارةُ جاهليَّةً، فقولان. ويقال وجهان:

أحدهُمَا: وبه قال أبو إسحاق: أنَّها لا تُمْلَكُ بالإحياء؛ لأنَّها كانت مملوكةً، والموات ما لم يجرْ عليه مِلْكٌ، ولأنَّهُ يجوزُ أن يكونَ مِلْكاً لكافر، لم تبلغْهُ الدعوة.

وأصحُّهمَا: أنَّها تُمْلَكُ ـ لقوله ﷺ: «عَادِيُّ الأَرْضِ لِلَّهِ وَرَسُولِهِ، ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مِنِّي»[1]، ولأنَّ الرِّكاز يَمْلَكُ مع كونِهِ مملوكاً لأهْلِ الجاهليَّةِ، فكذلك الأرَاضِي.

وعن ابن سُرَيْجٍ وغيرِهِ رفْعُ الخلاف، وتنزيل الجوابَيْن على حالَيْن، إن بقي أثر العمارةِ، أو كان معْمُوراً في جاهليَّةٍ قريبة، لم تُمْلَك بالإحياء، وإن اندرستْ بالكلية، وتقادَمَ عَهْدُهَا مُلِكَت، ثم عمَّم صاحب «التهذيب» وآخرون هذا الخلاف، وفرَّعوا علَىٰ قول المنع أنَّها إن أخِذَتْ بقتالٍ، فهي للغانمين، وإلاَّ، فهي من أراضي الفَيْءِ.

وقال الإمامُ: مَوْضِعُ الخلافِ ما إذا لم يُعلم كيفيةُ استيلاَء المُسْلمين عليه ودخوله تحْتَ يدهم، أمَّا إذا عُلِمَتْ، فإن دخَلَتْ في أيديهم بقتال، فهي للغانمين، وإلاَّ، فهي فيْء وحصَّة الغانمين تلْتحق بمِلْك المسْلِم الذي لا يعرف.

وطَرَدِ طارِدُون الخلافَ فيما إذا كانت العمارةُ إسلامية، ولَم يُعْرف مَالِكُهَا، وقالوا: هي كلَقَطَةٍ لا يُعْرَفُ مالكُها. والأكثرون فَرَّقُوا بيْن ما إذا كانتْ لكافر، وبيْن ما إذا كانتْ لمُسْلِم، كما قدَّمنا، واحتجُّوا له بما رُوِيَ أنَّهُ ﷺ قال: «مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ، فَهِيَ لَهُ»[2].

والقسم الثاني: أراضِي بلادِ الكُفر ولها أحوالٌ:

الحالةُ الأولى: إذا كانتْ معمورةً، فلا مدْخلَ للإحياء فيها؛ بل هي كسائر أموالِ الكفَّار، فإنِ اَستولَيْنا عليها بقتالٍ، أو بغَيْر قتالٍ، لم يَخْفَ حكْمُهُ.

الحالةُ الثانية: إذا لم تَكُنْ معمورةً في الحالِ، ولا مِنْ قبلُ، فَيَمْلكُهَا الكفَّارُ بالإحياء. وأمَّا المسلمُون، فيُنْظر؛ إن كان مواتاً لا يذبُّونَ المسلمينَ عنها، فلهُمْ تملكها بالإحياء أيضاً، ولا تُمْلَكُ بالاستيلاء؛ لأنَّها غيرُ مملوكةٍ لهُمْ، حتى تُملكَ عليهم، وإن كان مواتاً يذبون المسلمين عنه، لم تُمْلَكْ بالإحياء كالمعمور من بلادهمْ، فإن استولَيْنا علَيْه، ففيه وجوهٌ:

---

(١) تقدم.

(٢) رواه البيهقي من حديث كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف. وقال الحافظ في التلخيص: وقد تقدم عزوه لغيره.

أصحُها: أنّه يفيد ٱختصاصاً كٱختصاص المتحجر؛ لأنَّ الاستيلاءَ أبلغُ منه، وعلَىٰ هذا، فسيأتي خلافٌ في أنَّ الأحقيّة بالتحجر هل يَفيد جواز البيع؟

إن قلْنا: نعم، فهو غنيمةٌ كالمعمور، وإن قلْنا: لا، وهُوَ الأصحُ ـ فالغانِمُون أحقُّ بإحياء أرْبَعَةِ أخْمَاسه، وأَهْلُ الخُمْس أحقُّ بإحْيَاءِ خُمُسِهِ، فإنْ أعرض الغانِمُون عنْ إحْيَائِه، فأهل الخمس أحقُّ به؛ لأنَّهُمْ شركاءُ الغانمين، وكذا لو أعْرَضَ بعْضُ الغانمين، فالباقون أحقُّ، وإن تركه الغانِمُون وأَهْلُ الخُمُسِ جميعاً، ملَكَه من أحياه من المُسْلمين[1].

والثاني: أنَّهُمْ يملكُونه بالاستيلاءِ كالمعمور؛ لأنَّهم حيْثُ منعوا منه، فكأنهم يملكونَه علَىٰ أنَّه يجوز أنْ يملك بالاستيلاء ما لم يكنْ مملوكاً كالذَّرَارِي والنِّسْوان.

والثالثُ: أنَّهُ لا يفيدُ المِلْكَ ولا التحجُّر؛ لأنَّهُ لم يوجد منه عمل يظهر في الموات؛ فعلى هذا، هو كموات دارِ الإسْلاَمِ[2]، مَنْ أحياه، مَلَكَهُ.

الحالة الثالثةُ: إذا لم تكنْ معمورةً في الحال، لكنَّها كانت، معمورةً منْ قبلُ، فإنْ عُرِفَ مالكُهَا، فهي كالمعمورة، وإلاَّ ففيه طريقةُ الخلافِ، وطريقةُ ابنِ سُرَيْج المذكورتان فيما إذا كانتِ العمارةُ جاهليةً في القسم الأول، وإذا فتحنا بلدةً صُلْحاً علَىٰ أن تكون لنا، وهمْ يَسْكُنُون بجزيَةٍ، فالمعمورُ منها فَيءٌ، ومواتُها الذي كانُوا يذبُّون عنه، هل يكون متحجراً لأهل الفَيْءِ؟ فيه وجهان:

أصحُهُمَا: نعم، وعَلَىٰ هذا فهو فيء في الحال أو يحبسه الإمام لهم فيه وجهان:

أصحُهُمَا: الثاني. وإنْ صالَحنَاهُم علىٰ أن تكونَ البلدةُ لهم فالمعمُورُ لهم، والمواتُ يختصُّون بإحيائه، كما أنَّ مواتَ دارِ الإسلام يختص به المُسْلِمُون تَبَعاً للمعْمور، وعن القَاضِي أبي حامدٍ وصاحِب «التقريب» أنَّه إنَّما يجب علَيْنا ٱلامتناع عنْ مواتها إذا شرطْناه لهم في الصُّلح.

---

(١) قال النووي: في تصور إعراض اليتامى والمساكين وابن السبيل، إشكال، فيصور في اليتامى أن أولياءهم لم يروا لهم حظاً في الإحياء، ونحوه في الباقين.

(٢) والمراد بدار الإسلام كل بلدة بناها المسلمون كبغداد والبصرة أو أسلم أهلها عليها كالمدينة واليمن أو فتحت عنوة كخيبر وسواد العراق، أو صلحاً على أن تكون الرقبة لنا وهم يسكونها بخراج، أو فتحت على أن الرقبة لهم فمواتها كموات دار الحرب، ولو غلب الكفار على بلدة يسكنها المسلمون لا تصير دار حرب.

قال في «التهذيب»: وَالبِيَعُ التي للنَّصَارَىٰ في دار الإسلام، فلا تُمْلَكُ عليهم، فإن فَنُوا فهي كما لو مات ذميٌّ [في دار الإسلام](١) ولا وارث له، فيكونُ فَيْئاً.

ونعود بعد هٰذَا إِلَىٰ ما يحتاج إلى التعرُّض له في لفظ الكتاب.

قوله: «والمواتُ كلُّ مُنْفَكٌّ عن اختصاص» لا يعني به جميع الاختصاصات، فإنَّ بقعة ما لا ينفكُّ عن جميع ٱلاختصاصاتِ؛ لأنَّها إن كانتْ في دار الإِسْلاَم، فله ٱختصاصٌ بالمسلمين من حيث إنَّها في قبْضَة الإمام، وإنْ كانتْ في دَارِ الحرب، فكذلك، وإنَّما أراد ٱلاَختصاصاتِ السِّتَّةَ الَّتِي ذكَرَها ثم أخذ ٱلانفكاك عنها في تعيين(٢) المَوَاتِ بخلاف أصطلاح الأصحاب وٱستعمالاتِهِمْ، فإنَّهم لا يعتَبِرُون في تفسيره إلاَّ ٱلانْفِكَاك عنِ الملك والعِمَارة، ويَجْعَلُون الانفكاكَ(٣) عن سائر الاختصاصاتِ منْ شُرُوط التَمَلُّك بالإِحْيَاء. وقوله: «فلا يتمَلَّكُ معمور» لم يُرِدْ به ما هو معمورٌ في الحال؛ لقوله: «وإن ٱندرسَتِ العمارةُ» وإنَّما المرادُ ما عرضت له العمارةُ في الجُمْلَة، ويجوزُ أنْ يُعْلَم بالواو؛ لأنَّهُ لم يستثْنِ إلاَّ إذا كانتِ العمارةُ جاهلية وأجاب المنْع في غيرها علَىٰ ما هو ظاهرُ المذْهَب، وقد عرَفْتَ أنَّ بَعْضَهُمْ طَرَدَ الخلاَفَ فيما إذا كانَتِ العمارةُ إسلاميَّةً، و[قد] اندرسَتْ، ولم يعلم المالك.

وقوله: «ولم يظهر أنها دخلَتْ في يد المسْلِمين إلى آخره أراد به ما حكَيْناه عن الإمام من تخْصِيصِ القَولَيْن فيما إذا لم يعلم كيفية دخولِها في يد المُسْلِمين، ويجوز إعْلامُ قوله: «قولاَن» بالواو؛ للطريقة التي تولت الجوابَيْن على الحالَيْن، وقوله في توجيه القولَيْن: «لتعارُضِ أصل الإباحةِ وظاهر استيلاء المسلمين علَيْه» فيه شيءٌ وذلك لأنَّ المسألة موضوعةٌ في العمارةِ الجاهليَّةِ الَّتِي هي في دار الإسلامِ، وقبضة الإمام؛ ألا تراه يقول: ولم يَظْهَرْ أنَّها دخلَتْ في يدِ المسلمينِ بطريقِ الغنيمَةِ أو الفَيْءِ، وجعْل المجهول كيفيَّة دخولِها في يد المسلمين.

أمَّا أَصْلُ الدُّخولِ، فهو معلومٌ، وحينئذٍ، فقوله: «وظاهر ٱستيلاء المسلمين عليه» إن أراد به استيلاء اليَدِ والتمكُّنِ من التصرُّف، فليس ذلك ظاهراً، بل هو حاصلٌ معلومٌ، وإن أراد ٱستيلاء التملُّك والعمارة، فظهوره ممنوعٌ، وكيف والمسألة مصوَّرةٌ فيما إذا عَلِم أنَّها لم تُعمَّرْ إلاَّ عمارة جاهليَّةً.

وقوله: «ومعمور دار الحربِ لا يُمْلَكُ إلاَّ بما تُمْلَكُ به سائرُ أموالِهم» يقتضي تملكه بما يتملَّك به سائِر أمْوالِهِمْ فَيْئاً كان أو غنيمةً.

---

(١) سقط في: ب.
(٢) في ب: تفسير.
(٣) في ب: الملك.

لكنْ لو وقع في جملة الفيءِ أرضٌ، ففي تملُّكِها خلافٌ مذْكُورٌ في قسمة الفَيْء، فيجوز إنْ يُعْلم؛ لذلك قوله: «إلاَّ بما يُمْلَكُ به سائر أموالهم» بالواو.

وقوله: «فإنَّ الكافر لا يملكها بالإحْياء» مُعْلَمٌ بالحاء والميم والألف.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **الثَّانِي: حَرِيمُ العِمَارَةِ فَلاَ يُمْلَكُ، وَأَهْلُ دَارِ الحَرْبِ إِذَا قُرِّرُوا فِي بَلَدٍ بِصُلْحٍ فَلاَ يَحْيَا (و) مَا حَوَالَيْهَا مِنَ المَوَاتِ، وَسَائِرُ القُرَىٰ للمُسْلِمِينَ لاَ يَحْيَا مَا حَوَالَيْهَا مِنْ مُجْتَمَعِ النَّادِي، وَمُرْتَكَضِ الخَيْلِ، وَمَلْعَبِ الصِّبْيَانِ، وَمَنَاخِ الإِبِلِ وَمَا يُعَدُّ مِنْ حُدُودِ مَرَافِقِهِمْ، وَأَمَّا الدَّارُ إِنْ كَانَ فِي مَوَاتٍ فَحَرِيمُهَا مَطْرَحُ التُّرَابِ وَالثَّلْجِ وَمَصَبُّ المِيزَابِ وَالمَمَرُّ فِي صَوْبِ البَابِ، وَإِنْ كَانَ فِي مِلْكٍ فَلاَ حَرِيمَ (و) لَهَا إِذِ ٱلْأَمْلاَكُ مُتَعَارِضَةٌ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مِلْكِهِ بِحَسَبِ العَادَةِ، فَإِنْ تَضَرَّرَ صَاحِبُهُ فَلاَ ضَمَانَ، وَلَوِ ٱتَّخَذَ حَانُوتَ حَدَّادٍ أَوْ قَصَّارٍ أَوْ حَمَّام عَلَىٰ خِلاَفِ العَادَةِ فَفِي مَنْعِهِ خِلاَفٌ، وَلَوْ كَانَ لاَ يَتأَذَّى المَالِكُ إِلاَّ بِالرِّيحِ كَالمُدَبِّغِ فَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُ لاَ يُمْنَعُ مِنْهُ، أَمَّا البِئْرُ فِي المَوَاتِ فَحَرِيمُهَا مَوْضِعُ النَّزْحِ والدُّولاَبِ وَمُتَرَدَّدِ البَهِيمَةِ، وَإِنْ كَانَ قَنَاةٌ حَوَالَيْهَا مِمَّا يَنْقُصُ مَاءهَا لَوْ حَفَرَ، وَقِيلَ: إِنَّهُ لاَ يُمْنَعُ مِمَّا يَنْقُصُ إِذَا جَاوَزَ حَرِيمَ البِئْرِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الغرض الأصليُّ من الفصْل بيان أنَّ حريم العمارة لا يُمْلَكُ بالإحْياء، ثم اختلط به القولُ في حريم الأمْلاَك، فهما جملتان:

أمَّا الأُولىٰ: فحريمُ المعْمُور لا يُمْلكُ بالإحياء كنفس المعمور، لأنَّ مالكَ المعمور اُستحقَّ بٱستحقاقِهِ المواضَع التي هي من مرافقهُ، وهل نقول بأنَّهُ يملك تلك المواضع؟ فيه وجهان:

أحدهُمَا: لاَ؛ لأنَّ المِلْكَ يحصُل بالإحياء، ولم يوجَدْ فيها إحياء.

وأصحُّهُمَا: نعم، وبه قال القاضي أبو الطيِّبِ كما يملك عَرْصَة الدار ببناء الدَّار، ولم يؤجد في نفْسِ العرْصَة إحياءٌ وأيضاً فالإحياء تارةً يكونُ بِجَعْلِه معموراً، وتارةً يكون بجَعْلِهِ تَبَعاً للمعمور، ولو باعَ المالِكُ الحريمَ دُون الملْك، فحاصل جواب الشيخ أبي عاصم العبَّادِيِّ معه، كما لو باع شِرب الأرض وحْده، وهو الرواية عن أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ قال: ولو حفر ٱثنانِ بئراً على أن يكونَ نَفْسُ البئر لأحدهما، وحريمُها للثاني، لم يجز، وكان الحريمُ لصاحب البئرِ وللآخَرِ أُجْرةُ عمله.

الجملة الثانية: بيان الحريم: وهي المواضعُ القريبةُ التي يُحْتَاج إلَيْها لتمام الانتفاع؛ كالطريق ومَسِيلِ الماء ونحوهما[1]، وفيه صُوَرٌ:

(١) كان الأولى تقديم بيان الحريم على حكمه؛ لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره.

إحداها: ذكرنا في الفصل السابِقِ أنَّ الكفّار إذا قُرِّرُوا في بلْدة لهم صُلْحاً لم، يجز للمسلمين إحياءُ مواتها الذي يذبُّون عنه، فهو مِنْ حريم تلْك البلدة، ومرافقها ويجوز أنْ يُعْلَم قولُه في الكتاب: «فلا يحيا ما حواليها مِنَ الموات» بالواو؛ لوجْهٍ ذكرناه هناك.

الثانية: حريمُ القُرَى المحياة ما حوَالَيْها من مجتمع النَّادِي[١]، ومن مُرْتَكَضِ الخيل، ومُناخ الإبل، ومُطَّرَح الرمَاد والسِّمَاد، وسائِر ما يُعَدُّ من مرافقها.

وأمَّا مرعى البهائم، قال الإمام: إنْ بَعُدَ من القرية، لم يكن من حريمها، وإن قَرُبَ، ولم يستقلّ مزعىً، ولكن كانتِ البهائم تُرْعَىٰ فيه عند الخَوْف من الإبعاد، فعن الشيخ أبي عليّ ذكرُ خلافٍ فيه، والظّاهِرُ عند الإمام أنَّهُ ليْسَ مِنْ حريمها أيضاً، ولم يتعرَّضْ لما يستقل مرعى، وهُوَ قريبٌ من القرْيَة، يشبه أن يقطع بكونه من الحريم.

وعند صاحبِ «التهذيب» مَرْعَى البهائم مِنْ حقوق القرية مُطْلَقاً، والمحتطَب كالمرعَىٰ.

الثالثة: حريمُ الدَّارِ في الموات مطرح التراب والرماد والكُنَاسَات والثلج[٢] والمَمَرّ في الصَّوْب الذي فُتِحَ إليه الباب[٣]، وليْسَ المرادُ منه اُستحقاقَ المَمَرِّ في قبالة الباب على امتداد الموات، بل يجوزُ لغَيْره إحْيَاءُ ما في قبالة الباب، إذا أبقَىٰ له الممرّ.

فإنْ احتاج إلَى انْعِطَافٍ وازورار، فعل.

وعدَّ جماعةٌ من الأصحاب منهم القاضي ابْنُ كَجّ فِنَاءَ الدارِ من حريمها.

وقال ابْنُ الصَّبَّاغ: عندي أَنَّ حِيْطانَ الدار لا فِنَاء لها ولا حريم، ولو أراد مُحْيي أن يَبْنِيَ بِجَنْبها، لم يلزَمْه أن يَبْعُدَ عنْ فِنائِها، نَعمْ، يمنع مما يضر بالحيطان؛ كحفر البئر بقربها. **الرابعةُ**: البِئرُ المحفورةُ في الموات، حريمُها الموضعُ الذي يقفُ فيه

---

(١) وهو المجلس الذي يجتمعون فيه يتحدثون، ولا يسمى المجلس نادياً إلا والقوم فيه، ويطلق النادي على أهل المجلس أيضاً.

(٢) اعتبار ذلك إذا كان في محل يكثر فيه ذلك كعادة بلاد الشرق دون بلاد مصر، قاله القاضي أبو الطيب.

(٣) ذكر النووي في زيادة الروضة في باب الصلح أن قدر الطريق قل من تعرض له وهو مهم جداً، إلى أن قال: وإن كان من أرض يريد أصحابها إحياءها، فإن اتفقوا على شيء فذاك، وإن اختلفوا فقدره سبعة أذرع، واستعمل الفقهاء الصوب بمعنى الجهة.

قال في الخادم: والمعروف في اللغة أن الصوب نزول المطر، وفي المعرب للمطرزي قولهم «لا يجعل تصويب سطحه إلى الميزاب» أرادوا سفله، وانحطاطه لسيلان الماء، قال الزركشي: وفناء الدار بكسر الفاء والمد، قال الخليل سعة ما أمامها، وقال الجوهري: هو ما تمتد إليه أرجاؤها.

النازح، وموضعُ الدوابِّ، ومتردَّدُ البهيمةِ، إن كان الاستقاءُ بهما، ومصَبُّ الماء، والموضعُ الذي يجتمعُ فيه لسَقْيِ الماشية، والزرعُ من حوْضٍ ونحوه، والموضعُ الذي يطرح فيه ما يخرُجُ منه، وكلُّ ذلك غيرُ محدُودٍ، وإنَّما هو بحسب الحاجة.

ومن الأصحابِ مَنْ قال: حريمُ البئر قَدْرُ عُمْقِها من كُلِّ جانب:

وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أو بعضِ أصحابه. أنَّ حريمَ البئر أربعون ذرَاعاً، وحريم العَيْن خمْسمائَةِ، ذراع؛ لما رُوِيَ عن عَبْدِ اللَّهِ بن مغفَّل: أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «مَنْ احْتَفَرَ بِئْراً، فَلَهُ أَرْبَعُونَ ذِرَاعاً حَوْلَهَا، لِطَعْنِ مَاشِيَتِهِ»(١).

وقال أَحْمَدُ: حريمُ البئر خَمْسَةٌ وعشرون ذِرَاعاً، إلاَّ أن تكونَ عَادِيَّةً، فيكون حريمُهَا خَمْسِين ذِرَاعاً؛ لما رُوِيَ عَنْ أبي هُرَيْرَةَ رضي اللَّهُ عنه أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «حَرِيمُ البِئْرِ البَدِيءِ(٢) خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعاً، وَحَرِيمُ الْبِئْرِ الْعَادِيَّةِ خَمْسُونَ ذِرَاعاً»(٣).

والْبَدِيءُ هُوَ الْبِئْرُ الَّتِي أُحْدِثَتْ في الإسْلاَمِ، ولم تكُنِ العَادِيَّةُ هكذا، قاله في الصِّحَاحِ(٤)، والشَّافعيُّ رضي الله عنه لم ير التَّحديدَ، وحَمَلَ اختلافَ الرِّواياتِ على اختلاف القدْر المُحْتَاج إليه، ويُحْكَىٰ مثله عن مالكٍ، وبهذا يقاسُ حَرِيمُ النَّهْر المحْفُورِ في المَوَات. وعن أبي حَنِيفةَ ـ رضي الله عنه ـ فيما ذكر أبو الفَرَج السَّرْخِسيُّ أنَّهُ لا حريم للنَّهر أصلاً، وأمَّا القناةُ فآبارُها لا يُسْتَقَىٰ(٥) منها؛ حتَّىٰ يعتبر به الحريمُ، فحريمُهَا القَدْرُ الذي لو حُفِرَ فيهِ لنقص ماؤُها، أو خيفَ منه انهيارٌ وانكباسٌ، ويختلف ذلك بصلابة الأرْضِ ورخَاوتِهَا.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٤٨٦).
وقال الحافظ في التلخيص: وفي سنده إسماعيل بن مسلم وهو ضعيف وقد أخرجه الطبراني من طريق أشعث عن الحسن، وفي الباب عن أبي هريرة عند أحمد.

(٢) البَدِيء بفتح الموحدة وكسر الدال بعدها مرة وهمزة هي التي ابتدأتها أنت، والعادية القديمة.

(٣) أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٢٠) من طريق سعيد بن المسيب عنه وقال الحافظ في التلخيص: وأعله بالإرسال وقال: من أسنده فقد وهم وفي سند محمد بن يوسف المقري وهو متهم بالوضع، وأطلق عليه ذلك الدارقطني وغيره، ورواه البيهقي (٦/ ١٥٥ ـ ١٥٦) من طريق يونس عن الزهري عن ابن المسيب مرسلاً وزاد: وحريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع من نواحيها.
وقال الحافظ في التلخيص: ورواه من طريق مراسيل أبو داود أيضاً وأخرجه الحاكم (٤/ ٩٧) من حديث أبي هريرة موصولاً ومرسلاً وقال الحافظ في التلخيص: والموصول من طريق عمر بن قيس عن الزهري وعمر فيه ضعيف، ورواه البيهقي من وجه آخر عن أبي هريرة وقال الحافظ في التلخيص: وفيه رجل لم يسم.

(٤) ينظر الصحاح ١/ ٣٥ (بدأ).

(٥) في ب: يسقى.

وحكى صاحِبُ الكتابِ وجْهاً آخر لَمْ يذكُرْه في «الوسيط»؛ أنَّ حَرِيمَهَا حريمُ البئْرِ الَّتي يُسْتسقىٰ منها، ولا يُمْنَعُ من الحَفْر بعد ما جاوزه، وإنْ نقصَ، هذا ما أورده الشَّيْخُ أبو حامِدٍ، ومن تابَعَه، والصائِرُون إليه قالُوا: لو جَاءَ آخرُ، وتنحَّىٰ عن المواضع التي عدَدْنَاها حريماً، وحفر بئراً ينقص ماء الأوَّل لم يمنع منه، وهو خارجٌ عن حريم البئْرِ.

وفيه وجه آخر، وهو الأظهر: أنَّهُ ليْسَ لغيره الحَفْرُ حيْثُ ينقص ماؤُها، كما ليس لغيره أن يتصرَّف قريباً من بنائِهِ، بما يضر به، ويخالِفُ ما إذا حَفَرَ بئراً في مِلْكِهِ، فحفر جارُهُ بئْراً في مِلْكِهِ، فنقَصَ ماءُ الأوَّل فإنه يجوز قال ابْنُ الصَّبَّاغ: والفرْقُ أنَّ الحَفْرَ في الموات ابتداء تَمَلُّك، فلا يمكن منه إذا تضرَّر الغَيْرُ، وههنا كلُّ واحدٍ منهما متصرِّفٌ في المِلْك، وعلى هذا فذلك الموضِعُ داخلٌ في حريم البئر أيضاً، وما حكمنا بكونه حريماً، فذلك إذا نتهى المَوَاتُ إلَيْه، فإن كان الموضعُ مملوكاً قَبْلَ تمام حدِّ الحريم، فالحريم إلى حيث ينتهي حَدُّ الموات.

واعْلَمْ أنَّ جميعَ ما فصَّلناه في حريم الأملاك مفروضٌ فيما إذا كان الملك محفُوفاً بالموات، أو متاخماً له من بعض الجوانب، فأمَّا الدارُ الملاصقة للدُّور، فلا حريم لها؛ لأنَّ الأمْلاكَ متعارضةٌ، وليْسَ جَعْلُ موضع حريماً لدار أولَىٰ من جُعْلِهِ حريماً للأخرى، وكُلُّ واحِدٍ من الملاك يتصرَّف في ملْكه على العادة، ولا ضمانَ علَيْه، إنْ أفضَىٰ إلى تلَفٍ، نعم، لو تعدَّى، ضمن، والقولُ في تصرُّف المالكين المتجاوزين بما يجوز منه وما لا يجوز وبمَ يتعلَّق الضمان منه ما قد سبق في «كتاب الصلح ومنه ما سيأتي في خلال الديات إن شاء الله تعالى، والمذكورُ من هذا الأصل ههنا أنه لو اتخذ دارَهُ المحفُوفَةَ بالمَسَاكن حَمَّاماً، أو إسطبلاً أو طاحونة، أو حانوتة في صفِّ العطَّارين حانوت حدَّاد أو قصَّار على خلاف العادة، ففيه وجهان:

أحدُهُما: وبه قال أحْمَدُ أنَّهُ يُمْنَعُ؛ لما فيه من الضَّرَر.

وأظهرهما: الجوازُ، لأنَّهُ متصرِّفٌ في خالصِ ملْكِهِ، وفي منْعه إضرارٌ به، وهذا إذا احتطاط وأحكم الجدران؛ بحيث يليق بما يقْصِده، فإن فعَل ما الغالبُ فيه ظهورُ الخَلِل في حيطان الجار، فأظهر الوجهين المَنْعُ، وذلك كما إذا كان يدُقُّ الشَّيْءَ في داره دقًّا عنيفاً، تتزعج منه الحيطان، أو حبس الماءَ في ملكه، بحيثُ تنتشر منه النداوةُ إلَىٰ حيطان الجارِ، ولو اتَّخَذَ داره مدبغةً أو حانوته مخبزاً حيث لا يعتاد، فإن قلْنا: لا يمنعُ في الصورة السابقة، فهنا أولى، وإن قلْنا بالمنع، فههنا تردد للشيخ أبي محمَّد؛ لأنَّ الضرر ههنا من حيث التأذِّي بالدُّخان والرائحة الكَريهة، وأنَّه أهونُ، وإذا جَمَعْت بين الصور، قلْتَ، فيه ثلاثة أوجه: ثالثُها: الفرق بين أنْ يَخافَ منه خلل في الأملاك، وبين أن يكونَ المحذورُ تأذى الملاكِ، واختار القاضي الرُّوياني في «الحِلْية» أن يجتهد الحَاكمُ

فيها، ويمنع إذا ظهر له التعنُّتُ، وقَصَد الفسادَ، قال: وكذلك القول في إطالة البِنَاء، ومنعِ الشمسِ والقمرِ[١]، ولو حَفَر في ملكه بئْرَ بالوعةٍ، وفسَد بها بئرُ ماءِ الجار، فهو مكروه لكنّهُ لا يُمْنَعُ منه، ولا ضمانَ علَيْه بسببه خلافاً لمالكٍ وعن القفَّال موافقته؛ ويجوز أن يُعْلَمَ قولُهُ في الكتاب: «وإنْ كانَتْ في ملْكٍ، فلا حريم لها» بالميم؛ لأنَّ الرواية عن مالكٍ أن لها حريماً بقَدْرها.

هذا بيان الجملَتَيْن، ولا مَنْعَ في إحياء ما وَرَاء الحَرِيم، قَرُبَ أم بَعُدَ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ «أَقْطَعَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ الدُّورَ، وَهِيَ بَيْنَ ظَهْرَانِي عِمَارَةِ الأنْصَارِ مِنَ المَنَازِلِ وَالنَّخِيلِ»[٢]، والدُّور يقال: إنَّه اسمُ موضعٍ، ويقال إنَّهُ أَقْطَعَهُ تلْك البقعةَ ليتَّخذَها دُوراً.

وعن مالك أنَّ المَوَاتَ القريبَ من العمران لا يحييه إلاَّ أَهْلُ العمران.

وَيُرْوَىٰ عن أبي حنيفةَ مثْلُه في تحديد القُرْب بقَدْر صَيْحَةٍ من كلِّ جانب، وربما نسب ذلك إلى أبي يُوسُفَ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: الثَّالِثُ اخْتِصَاصُ الخَلْقِ بِالوُقُوفِ بِعَرَفَةَ، هَلْ يُمْنَعَ مِنَ الإِحْيَاءِ؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ، وَالأَظْهَرُ: أَنَّهُ إِذَا لَمْ يُضَيِّقْ لاَ يُمْنَعُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: موات الحَرَمِ يُمْلَكُ بالإحياء، كما أنَّ معموره يُمْلَك بالبيع والهِبَة، وهَلْ تملك أراضي «عرفة» بالإحْياء كسائر البقاع أم لا؛ لتعلُّق حقِّ الوقوف بها؟ فيه وجهان:

---

(١) الحاصل كما قاله الزركشي منع ما يضر الملك دون المالك، ويستثنى منه من حفر بئراً في ملكه يلزم من حفره سقوط جدار جاره، أنه يجوز له.
واستثنى بعضهم من ذلك أيضاً ما لو كان له دار في سكة غير نافذة، فليس له جعلها مسجداً ولا حماماً ولا حانوتاً ولا سبيلاً إلا بإذن الشركاء كما قاله الخطيب الشربيني وقال: وفيه نظر، ووجهه أن الشخص لا يمنع من التصرف في ملكه وهذا هو المعتمد.

(٢) رواه البيهقي من طريق الشافعي (١٣٥٣) عن ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن يحيى بن جعدة أتم منه قال الحافظ في التلخيص وهو مرسل، ولا يقال لعل يحيى سمعه من ابن مسعود فإنه لم يدركه، نعم وصله الطبراني في الكبير (١٠٥٣٤) من طريق عبد الرحمن بن سلام عن سفيان. فقال: عن يحيى بن جعدة عن هبيرة بن يريم عن ابن مسعود قال: لما قدم رسول الله ﷺ المدينة أقطع الدور، وأقطع ابن مسعود فيمن أقطع، فقال له أصحابه: يا رسول الله نكبه عنا، قال: «فلم بعثني الله إذاً؟ إن الله لا يقدس أمة لا يعطون الضعيف منهم حقه» وقال الحافظ في التلخيص وإسناده قوي، وعند أبي داود (٣٠٦٠) عن عمرو بن حريث انطلق بي أبي إلى رسول الله ﷺ وأنا غلام شاب، فدعا لي بالبركة ومسح برأسي، وخط لي داراً بالمدينة بقوس وقال: «أزيدك عليه؟» قال الحافظ في التلخيص إسناده حسن، وفي الصحيحين عن أسماء بنت أبي بكر قالت: كنت أنقل النوى في أرض الزبير التي أقطعه رسول الله ﷺ.

إن قلنا: يملك، ففي بقاء حقِّ الوقوف فيما ملك وجهان، إن قلْنا: يبقَىٰ فذاك مع اتِّسَاع الباقي أم بشرط ضيقه عن الحجيج فيه وجهان، هذا تلخيص ما حكاه الإمامُ، وأشار صاحبُ الكتاب ههنا، وفي «الوسيط» إلى ثلاثة أوجه في المسألة.

ثالثُها: الفَرْقُ بين أن يضيقَ الموقفُ، فيمنع، وبين ألا يضيق، فلا يمنع، وهذا أظهر عنده، لكنَّ المنعَ المطْلَقَ أشبهُ بالمَذْهَب، وبه أجاب صاحبُ «التتمة»، وشبَّهها بالمواضع التي تتعلَّق بها حقوقُ المُسْلمين عُمُوماً وخصوصاً، كالمساجد، والطُّرق، والرِّبَاطات في الطُّرق والمواضع التي يصلِّى فيها العِيدَ خارج الأمصار[١]، والبِقاعِ الموقُوفة علَىٰ معيَّن أو غير معيَّن.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **الرَّابِعُ ٱخْتِصَاصُ المُتَحَجِّرِ مَرْعىً وَهُوَ نَصْبُ أَحْجَارٍ عَلاَمَةً عَلَىٰ العِمَارَةِ فَهُوَ أَوْلَىٰ بِهِ إِنْ لَمْ يَطُلِ الزَّمَانُ وَكَانَ مُشْتَغِلاً بِأَسْبَابِ العِمَارَةِ، فَإِنْ جَاوَزَ ذَلِكَ بَطَلَ ٱخْتِصَاصُهُ (و)، وَقِيلَ: البُطْلاَنُ لَوْ تَعَدَّىٰ غَيْرَهُ وَأَحْيَا فَفِي حُصُولِ المِلْكِ خِلاَفٌ (و)، وَكَذَا فِي جَوَازِ ٱعْتِيَاضِ المُتَحَجِّرِ عَنِ ٱخْتِصَاصِهِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الشارعُ في إحياء المواتِ متحجِّر ما لم يُتِمَّه، وكذا إذا أعلم عليه علامة للعمارةِ مِنْ نَصْب أحجار أو غرز خشباتٍ قصبات، أو جَمْع تراب، أو خطّ خطوطٍ، وذلك لا يفيدُ الملك، ولكن يجعله أحقَّ به منْ غيره.

أمَّا أنّه لا يفيد الملْك، فلأنَّ سببَ المِلْكِ الإحْياءُ، ولم يُوجَدْ.

وعن أبي حسين القطّان؛ أنَّه بعض الأصحابِ جعله مفيداً للملك.

وأمَّا أنَّه يفيد الأحقيَّةُ فلأنَّ الإحياءَ، إذا أفادَ المِلْكَ، وجب أن يُفِيدَ للشُّروع فيه الأحقيّة، كالاستيام مع الشراء، وأيضاً، فليأمَنْ من يقصد الإحياء بالشُّروع في العمارة، ولا ينبغي أنْ يَزيد المتحجر على قدر كفايته، ويضيق على النَّاس، ولا أنْ يتحجَّر ما لا يمكنه القيام بعمارته، فإنْ فَعَلَ، قال في «التتمة»: لغيره أن يُحْيِيَ ما زاد على كفايته، وما زاد علَىٰ ما يمكنه القيامُ بعمارته.

وقال غيره: لا يصحُّ أصْلاً؛ لأنَّ ذلكَ القَدْرَ غَيْرُ متعيِّن[٢]، وينبغي أن يشتغل بالعمارة عَقِيبَ التحجُّر، فإنْ طالت المُدَّةُ، ولم يحيى قال له السُّلْطَانُ أَحْيِ، أو ارفَعْ يدَك عنه، فإن ذكَر عُذْراً، واَسْتَمهل، أمهَلَهُ مدةً قَرِيبَةً، يستعدُّ فيها للعمارة، والنظَرُ في تقديرها إِلَىٰ رأيِ السلطانِ، ولا تتقدَّر بثلاثةِ أيَّامِ في أصحِّ الوجهَيْن، فإذا مضَتْ، ولم

---

(١) قال النووي: وينبغي أن يكون الحكم في أرض منى ومزدلفة كعرفات، لوجود المعنى.

(٢) قال النووي: قول المتولي أقوى.

يشتغلْ بالعمارة، بطل حقه، وليس لطُولِ المدة الواقعةِ بعْد التحجُّر حدٌّ معيّنٌ، وإنَّما الرُّجوع فيه إلى العادة.

وقالَ أبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: مدةَ التحجُّر ثلاثُ سنينَ، فلا يطالَبُ فيها بالعمارة، فإذا مضَتْ، ولم يشْتَغِلْ بالعمارة، بَطَل حقُّه، وقبْلَ أنْ يَبْطُلَ حقُّ المتحجِّر، لو بادر غيرُه، وأحيا ما يحجره غيره، ففيه ثلاثةُ أوجهٍ:

أصحُّها: أنَّهُ يملك؛ لأنَّ حقَّقَ سببَ الملك، وإن كان مَمْنوعاً منه، فأشْبه ما إذا دخَل في سَوْمِ غيره، واشترَىٰ، وهذا الوجه حكاه القاضِي ابن كَجٍّ عنِ النَّصِّ.

والثاني: لا يملك؛ كيلا يَبْطُلَ حقُّ المتحجِّر.

والثالث: أنَّه يفْرَقُ بين أنْ ينضَمَّ إلى التحجُّر إقطاع السلطان، فلا يملك المحيي، وبين ألاَّ ينضمَّ؛ فيملك، وَمَال الأمامُ إلى الفَرْق بيْن أنْ يأخذَ في العمارة، فلا يملِك المبتدرُ إلى الإحْيَاء، وبين أنْ يكونَ المتحجِّرُ ويرسم خطاً ونحوه فيملكُ، فهذا وجهٌ رابعٌ، وشبَّهوا الخلافَ في المسألة بالخِلاَف فيما إذا عشَّشَ الطائرُ في مِلكِه وأخذ غيرُه الفَرْخَ، هَلْ يملكه[1]؟.

[ولو باع المتحجِّر ما تحجره، ففيه وجهان، والتفريع على أن التحجُّر لا يفيد المِلْكَ. قال الجمهور: لا يصحُّ؛ لأنَّ حقَّ التملك][2] لا يُبَاعُ؛ ألا تَرَىٰ أنَّ الشفيعَ لا يبيع الشِّقْصَ قبل الأخذ؟

وقال أبو إسحاقَ وغيرُه: يصحُّ، وكأنَّه يبيعُ حقَّ الاختصاص، وعلى هذا، فلو باعَ وأحياه في يدِ المشتَرِي مُحْيي، وقلْنا: إنَّه يملك.

حَكَى أقض القضاةِ المَاوَرْدِيُّ عن ابن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ أنَّه لا يسقطُ الثمنُ عن المشتَرِي لحصولِ التلَفِ بعد القبض، وعن غيره السُّقُوط[3].

وقوله: «فهو أولَى، إن لم يطُلِ الزمان» كان الأَولَى به أن يقول: «ما لم يطُلِ الزمان لأن الأولوية ثبتت في الحال، ثم ترتفع عند طُول الزمان.

وقوله: «وكان مشتغلاً بأسبابِ العمارة» أراد ما ذكره الإمام أنَّ حقَّ المتحجِّر يَبْطُل

---

(١) قال النووي: والأصح أيضاً أنه يملكه. وكذا لو توَّحل طبيٌ في أرضه، أو وقع الثلج فيها، ونحو ذلك، وقد سبقت مسائل تتعلق بهذا في كتاب الصيد.

(٢) سقط في: ب.

(٣) قال النووي: أصحهما: الثاني. إذا قلنا: لا يصح البيع فأحياه المشتري قبل الحكم بفسخ البيع، فهل يكون له، أم للبائع؟ فيه وجهان حكاهما الشاشي والصحيح الأول.

بطول الزمان وتركه العمارة، وإن لم يُرْفَعِ الأمرُ إلى السُّلْطانِ، ولم يخاطِبْه بشَيْء ووجهه بأنَّ التحجر ذريعةٌ إلى العَمَارةِ، وهي لا تُؤَخّر عن التحجُّر إلا بقدر تهْيئة أسباب العمارة، ولذلك لا يعتبر التحجُّر ممن لا يمكّنه تهيئة الأسباب كفقير يتحجَّر منتظراً القدرة عليها، ولا من متمكّن يتحجَّر ليُعَمِّر في السنة القابلة، فإذا أُخِر، وطالت المدةُ، عاد المَوَاتُ كما كان، وهذا قد حكاه الشَّيخ أبو حامدٍ عن أبي إسحاق، ثم قال: عندي لا فَرْق بين طُول الزَّمَان وقِصَره، إذا لم يرفع الأمر إلى السُّلْطَان، ولم يخاطبْهُ بشيءٍ، فيجوز أن يُعْلَم لهذا قوله: «بَطَل اختصاصه» بالواو، ولفظ «التحجُّر» فيما ذكره الأَزْهَرِيُّ[١] مأخوذٌ من الحَجْرِ، وهو المنعُ؛ لأنَّه بما يرسُمُه، يمنع غيره [عنه.]

قَالَ الغَزَالِيُّ: الخَامِسُ إِقْطَاعُ الإِمَامِ، وَهُوَ مُتَّبَعٌ فِي المَوَاتِ، وَحُكْمُهُ قَبْلَ الإِحْيَاءِ كَحُكْمِ التَّحَجُّرِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لإقطاع الإمام مَدْخَلٌ في الموات؛ رُوِيَ أنَّ النبيَّ ﷺ أَقْطَعَ الدُّورَ[٢]، وعن علقمةَ ابْنِ وائلٍ عن أبيه ـ رضي الله عنهما ـ أنَّ النبيَّ ﷺ أَقْطَعَهُ أَرْضاً بِحَضْرَمَوْتٍ[٣].

ورُوِيَ أنَّه ﷺ أَقْطَعَ الزُّبَيْرِ بْنَ العَوَّام ـ رضي الله عنْهُ ـ حُضْر[٤] فرسه فَأَجْرَىٰ فَرَسَهُ، حَتَّى قَامَ، ثُمَّ رَمَىٰ بِسَوْطِهِ، فقَالَ: «أعطُوهُ منْ حيثُ بلغ السَّوْط[٥]» وفائدة الإقْطَاعِ مصير المقطع أحقُّ بإحيائه كالمتحجِّر، وإذا طالت المدةُ أو أحياه مُحْيي، فالحكمَ علَىٰ ما ذكرناه في المتحجِّر. وعن مالكٍ ـ رضي اللَّهُ عَنْهُ ـ أنَّه إن أحياه عالِماً بالإقطاع، كان مالكاً للمُقْطِع، وإن أحياه غير عالم بالإقطاع، فالقطع بالخيار بَيْن أن يأخذَهُ، ويغرم للمحيي ما أنفقَ في العمارة، وبيْن أن يتركَهُ على المحيي، ويأخُذَ منه قيمةَ المَوَاتِ قبل العمارة. وقال أبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: إن أحياه قبْل ثلاثِ سنينَ، فهو للمُقْطِع، وإن أحياه بعدها، فللمحيي، ولا يُقْطِع الإمامُ إلاَّ مَنْ يقدر على الإحياء، وبقدر ما يقدر عليه.

---

(١) ينظر تهذيب اللغة ٤/ ١٣٠ (٣/١٤٧/٤/٤٥٦). (٢) تقدم.

(٣) أخرجه أحمد وأبو داود (٣٠٥٨، ٣٠٥٩) والترمذي (١٣٨١) وصححه، والبيهقي وقال الحافظ في التلخيص: وعنده قصة لمعاوية معه في ذلك، وكذا رواه ابن حبان والطبراني.

(٤) حضر فرسه بضم الحاء، وإسكان الضاد المعجمة وهو العدو.

(٥) أخرجه أحمد وأبو داود (٣٠٧٢) من حديث ابن عمر.

وقال الحافظ في التلخيص، وفيه العمري الكبير وفيه ضعف، وله أصل في الصحيح من حديث أسماء بنت أبي بكر: أن النبي ﷺ أقطع الزبير أرضاً من أموال بني النضير.

قَالَ الغَزَالِيُّ: السَّادِسُ الْحِمَىٰ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَهُوَ البَقِيعُ وَلِمَنْ بَعْدَهُ مِنَ الأَئِمَةِ كَالتَّحَجُّرِ فِي المَنْعِ مِنَ الإِحْيَاءِ، وَلاَ يَجُوزُ لِمَنْ بَعْدَهُ أَنْ يَحْمِيَ لِنَفْسِهِ وَكَانَ ذَلِكَ خَاصَّةً لَهُ، وَيَجُوزُ (و) أَنْ يَحْمِيَ لإِبِلِ الصَّدَقَةِ أَعْنِي لِلأَئِمَّةِ، وَفِي نَقْضِ الْحِمَىٰ بَعْدَ زَوَالِ الحَاجَةِ خِلاَفٌ (و)، قِيلَ: إِنَّهُ لاَ يُغَيَّرُ كَالمَسْجِدِ، وَقِيلَ: نَعَمْ لأَنَّهُ بُنِيَ عَلَىٰ مَصْلَحَةٍ حَالِيَّةٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المرادُ من الحَمىٰ أنه يَحْمِيَ بقعةً من المواتِ لمواشٍ بَعينها، ويَمْنَعَ سائرَ الناسِ عن الرَّعْي فيها، وكان يجوزُ ذلك لرسولِ اللَّهِ ﷺ لخاصة نَفْسه، ولكنَّه لم يَفْعَلْ، وإنَّما حَمَى النقيعَ[١] لإبِلِ الصَدقةِ، وَنَعَمِ الجزية، وخَيْلِ المجاهدين في سبيل الله تعالَىٰ[٢].

وأمَّا غَيْرُ رسُولِ اللَّهِ ﷺ فالآحاد لا يَحْمُونه أصْلاً، وليْسَ للأئمة الْحمَىٰ لنفسِهم، وكأنَّ ذلكَ من خواصِّ النَّبي ﷺ وفي حمَاهُمْ لمصالح المسْلِمين قولان:

أحدُهما: المنعُ أيضاً؛ لما رُوِيَ أنّه ﷺ قال: «لاَ حِمَىٰ إلاَّ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ»[٣].

وأصحُّهما: الجوازُ، وبه قال أبو حنيفةَ ومالكٌ؛ لأنَّ عُمَرَ - رضي الله عنه - حَمَىٰ، واستعمل على الحِمَى مولًى له يُقالُ له: هُنَي. وقال: «يَا هُنَي، اَضْمُمْ جَنَاحَكَ لِلْمُسْلِمِينَ، واَتَّقِ دَعْوَةَ المَظْلُومِ فَإِنَّهَا مُجابَةٌ، وأَدْخِلْ ربَّ الصُّرَيْمَةِ وَالغُنَيمَةِ، وَإِيَّاكِ وَنَعَم اَبْنِ عَوْفٍ واَبْنِ عَفَّانَ، فَإِنَّهُمَا إِنْ تَهْلِكْ مَاشِيَتُهُمَا يَرْجِعَا إِلَىٰ نَخْلٍ وَزَرْعٍ، وإِنَّ ربَّ الصَّرِيمَةِ وَالغنِيمَةِ، إِنْ يَهْلِكْ مَاشِيَتُهُمَا يأتي بِعِيَالِهِ، فيَقُولُ: يَا أَمِيرَ المُؤْمِنِينَ، لاَ أَبَا لَكَ، فَالمَاءَ وَالكَلأُ أَيْسَرُ عَلَيَّ مِنَ الذَّهَبِ وَالوَرِقِ، وَأَيْمُ اللَّهِ، لَوْلاَ المَالُ الَّذِي أَحْمِلُ عَلَيْهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، مَا حَمَيْتُ عن المُسْلِمِينَ مِنْ بِلاَدِهِمْ شِبْراً[٤] وأَيْضاً فللحاجة الداعية.

وعن صاحِب «التقريب» القَطْعُ بالقول الثاني، والحديثُ محمولٌ على المَنْع من أن يَحْمِيَ لنفسه علَىٰ ما كان يفعله العزيز من العربِ كان، إذا انتجع بقعةً محصنةً، استقْوَىٰ كلباً علَىٰ جبلٍ أو نشز، ووَقَف له من يَسْمَع صوته، فإلَىٰ حيث انتهى صوتُه حماه لنفسِهِ منْ كلِّ جانب، ورعَىٰ فيما سواه مع النَّاس، وإذا جوَّزنا، فذلك للإمام الأعظَمِ خاصَّة، أو يجوزُ لِوُلاَتِهِ في النواحي أيضاً؟ فيه وجهان رواهما القاضي ابْنُ كجٍّ وغيرُه.

أظهَرهُمَا: الثاني، ولا فرق بين أنْ يحمي لخيل المجاهدين أو نعَم الجزية

---

(١) قال النووي: النقيع بالنون عند الجمهور، وهو الصواب. وقيل بالباء الموحدة وبقيع الغرقد بالباء قطعاً.

(٢) تقدم في أواخر باب محرمات الإحرام وقال الحافظ في التلخيص: وفيه إدراجاً.

(٣) تقدم.

(٤) أخرجه البخاري رقم (٣٠٥٩).

والصدقة والضوال، ومال الضعفاء عن الأبعاد في طلب النجعة، وعن مالك أنه لا يحمي إلا لخيل المجاهدين، ولا يحمي إلا الأقل الذي يبين ضرره على الناس، ولا يضيق الأمر عليهم، وكذلك كان البقيعُ الذي حماه رسُولُ اللّهِ ﷺ.

إذا عَرَفتْ ذلك، فهل يجوزُ تغيير الحِمَىٰ ونقضه؟

أمَّا حِمَىٰ غَيْرِ رسُولِ اللّهِ ﷺ ففيه قولان:

أحدهُمَا: لا يجوزُ تغييرُه لتعينه لتِلْك الجهة كالمَسْجِد والمقبرة.

وأصحُهما: الجوازُ؛ لأنَّ الحِمَىٰ كان يطرأ للمُسْلِمين برعايةِ مصْلَحة حاليَّة، وقد يقتضي النظر نقضه وردَّه إلَىٰ ما كان، وفي بعْضِ الشُروح أنَّه يجوز [أن يكون] للحامي أن ينقض حمى نفسَه، ولا يجوزُ لِمَنْ بعْده من الأئمة نقْضُ حِمَاهُ، وإذا جوَّزناه، فلو أحياه مُحْيي بإِذْنِ الإمام، مَلَكَه، وكانَ الإذْنُ في الإحياء نقْضاً، وإن استقل، فوجهان، ويقال: قولان منْصُوصان:

أظهرهُمَا: المَنْعُ؛ لما فيه من الاعتراضِ عَلَىٰ تصرُّف الإمام وَحكْمه.

وأما حِمَىٰ رسول الله ﷺ ففيه طريقان:

منهم من قال: إنَّه نَصٌّ [من الشارع، فلا ينقض بحال. ومنْهم مَنْ قال: إنْ بَقِيَت][1] الحاجةُ الَّتي حَمَىٰ لها لم يغيَّر، وإنْ زالَتْ، فوجهان:

أحدُهما، وبه قال أبو حنيفة: أنه يجوز تغْييرهُ لزوالِ العِلَّة.

وأظهرهُمَا: المنْعُ؛ لأنَّ التغييرَ، إنَّما يكون بالاجتهادِ، ونحْنُ نقطع بأنَّ ما فعلَه مصلحةٌ؛ فلا يرفع القطع بالظَّنِّ[2].

---

(١) سقط في: ب.

(٢) قال النووي: بقيت من الحمى مسائل مهمة.

منها: لو غرس أو بنى أو زرع في النقيع، نقضت عمارته، وقلع زرعه وغرسه، ذكره القاضي أبو حامد في «جامعه».

ومنها: أن الحمى ينبغي أن يكون عليه حفّاظ من جهة الإمام أو نائبه، وأن يمنع أهل القوة من إدخال مواشيهم، ولا يمنع الضعفاء، ويأمره الإمام بالتلطف بالضعفاء من أهل الماشية، كما فعل عمر - رضي الله عنه -. قال القاضي أبو حامد: فإن كان للإمام ماشية لنفسه، لم يدخلها الحمى، لأنه من أهل القوة. فإن فعل فقد ظلم المسلمين.

ومنها: لو دخل الحمى من هو من أهل القوة، فرعى ماشيته، قال أبو حامد: فلا شيء عليه، ولا غرم ولا تعزير، ولكن يمنع من الرعي، ونقل ابن كج أيضاً عن نص الشافعي - رضي الله عنه - أنه لا غرم عليه، وليس هذا مخالفاً لما ذكرناه في كتاب الحج، أن من أتلف شيئاً من=

وقولُهُمْ: «إنَّه لو بقيتِ الحاجةُ، لم يغير» لا يختص بحِمَىٰ رسُولِ اللَّهِ ﷺ بل حِمَىٰ غيره أيضاً إنَّما يغيَّر عند زوال الحاجة، واقتضاء الحال التغيير، وقوله في الكتاب: «الحمى لرسُول اللَّهِ ﷺ وهو النقيع، ولمن بعده من الأئمة كالتحجُّر في منع الإحياء» التشبيهُ مستمِرٌّ في أنَّ كلاًّ من التحجُّر والحِمَىٰ يقتضي الامتناعَ منَ الإحياء، وفي جريان الخِلاف في أنَّهُمَا، هل يمنعان حصُول المِلْك للحِمَىٰ؟ لكنَّ الأظْهَرَ من الخلاف في التحجُّر حصولُ المِلْك، وفي الحِمَىٰ خلافهُ خَاصَّة في حمَىٰ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وقولُه: «ويجوزُ أن يَحْمِيَ لإبل الصدقةِ» مُعْلَم بالواو؛ لما ذكرنا، وذكَرَ إبل الصدقة للتمثيل لا لتخصيص الحكم بها والله أعلم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: أَمَّا المَنَافِعُ المُشْتَرَكَةُ فَهِيَ مَنْفَعَةُ الشَّوَارِعِ لِلطُّرُوقِ وَالجُلُوسِ وَمَنْفَعَةُ المَسَاجِدَ والرِّبَاطَاتِ، أَمَّا الشَّوَارِعُ فَلِلطُّرُوقِ، وَيَجُوزُ الجُلُوسُ بِشَرْطِ أَلاَّ يَضِيقَ، ثُمَّ السَّابِقُ يُخْتصُّ بِهِ فَلاَ يُزْعَجُ، فَإِنْ قَامَ بَطَلَ حَقُّهُ إِلاَّ إِذَا جَلَسَ لِلْبَيْعِ فَيَبْقَىٰ حَقُّه إِلَىٰ أَنْ يُسَافِرَ أَوْ يَقْعُدَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ أَوْ يَتْرُكَ الحِرْفَةَ أَوْ يَطُولَ مَرَضُهُ بِحَيْثُ يَنْقَطِعُ الأُلْفَةُ إِلَىٰ غَيْرِهِ، وَالأَظْهَر: (و) أَنَّ الإِقْطَاعَ لاَ مَدْخَلَ لَهُ فِيهَا إِذِ المِلْكُ لَيسَ مَطْلُوباً مِنْهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: البَابُ الثَّاني في المنافع: بقاع الأرض وإما مملوكة أو محبوسةٌ علَى الحقوقِ العامَّة، كالشوارع، والمساجد، والمقابرِ، والرِّبَاطَات، أو منفكَّةً عن الحقوقِ الخاصَّةِ والعامَّةِ، وهي المَواتُ، فهذه ثلاثةُ أقْسَام، وإذا تأمَّلْهَا عَرَفْتَ أنَّ الانفكاك عن الاختصاصاتِ المذكورةِ في البَاب الأول لا يَكْفي للتملُّك [بالإحياء]، بل يعتبر مع ذلك الانفكاكُ عنِ الحقوقِ العامَّة أيضاً.

أمَّا المملوكةُ فمنافِعُها تتبع رِقَابَها.

ومقْصود الباب الكلامُ في الانتفاع بالبقاع المحبُوسَة على الحقوق العامَّة. ويقرب

= شجر النقيع أو حشيشه ضمنه على الأصح.

ومنها: أن عامل الصدقات إذا كان يجمعها في بلد، هل له أن يحمي موضعاً لا يتضرر به أهل البلد ليرعاها فيه؟ قال أبو حامد: قيل: له ذلك، ولم يذكر خلافه. وقال ابن كج: إن منعنا حمى الإمام، فذا أولى، وإلا، فقولان.

ومنها: لا يجوز للإمام أن يحمي الماء المعدُّ لشرب خيل الجهاد وإبل الصدقة والجزية وغيرها بلا خلاف، ذكره الشيخ نصر في «تهذيبه». قال أصحابنا: إذا حمى الإمام، وقلنا: لا يجوز حماه، فهو على أصل الإباحة، من أحياه، ملكه.

ومنها: أنه يحرم على الإمام وغيره من الولاة أن يأخذ من أصحاب المواشي عوضاً عن الرعي في الحمى أو الموات، وهذا لا خلاف فيه، وقد نص عليه الماوردي في «الأحكام»، وقاله آخرون.

منه الانتفاعُ بالموات منْ غير إحياء، أمَّا الشوارعُ فمَنْفَعَتُها الأصليَّة الطروقُ، ويجوز الوقوف والجلوس فيها، لغَرَضِ الاستراحةِ والمعاملةِ ونحوهما بشَرْط ألاَّ يضيقَ على المَارَّة أذِنَ الإمامُ فيه أو لم يأذَنْ[1]، لاتفاق الناسَ علَيْه مع تلاحُق الأعصار، وله أن يُظَلِّل على موضع جُلُوسِه بما لا يضُرُّ بالمارَّة من ثَوْبٍ وبَادِيَّةٍ ونحوِهِمَا، وفي بناء الدَّكة [على] ما ذكرناه في كتاب الصلح.

فلو سبَقَ اثْنانِ إلَىٰ موضعٍ، فيقرع بينهما، أو يقدم الإمامُ أحدَهُمَا؟ فيه وجهان:

أظهرُهما: الأوَّلُ، وفي ثبوت هذا الارتفاقِ لأهْل الذمَّةِ وجهان، رواهما القاضي ابنُ كَجٍّ، واختلفوا في أنَّهُ، هل لإقْطاع الإمام مدْخَلٌ فيه؟ على وجهين:

أحدهُمَا: أنَّه لا مَدْخلٍ له في هذا الارتفاق؛ لأنَّه منتفعٌ بها علىٰ صفتها منْ غَيْر عمل، فأشبهتِ المعادنَ الظَّاهرة، ولأنَّهُ لا مَدْخَلَ للتَمَلُّك فيه، ولا معْنى للإقطاع بخلاف المَوَات.

والثاني: أنَّ له مَدْخلاً فيه؛ لأنَّ للإمام نَظَراً واجتهاداً في أنَّ الجلوسَ في المَوْضع، هل هو مضرٌّ أم لا؟ ولهذا يزعج من جلس ورأى جلوسه مضراً.

وإذا قلنا: يزعج إذا أدام الجُلُوس، فإنَّما يزعجُه الإمامُ، وإذا كان للاجتهاد فيه مدْخلٌ، فكذلك لإقْطَاعِهِ، وذكر المصنِّف أنَّ الوَجْهَ الأولَ أظهرُ، ويُقالُ: إنه اختيارُ القفَّال، لكنَّ الذي عليه الأكثرون الثاني، وهو نصُّ علَيْه الشافعيُّ - رضي الله عنه - ثم للنزاع مجالٌ في القول الأوَّل أنَّه لا مدخل فيه للتملُّك؛ وفي «الرقْم» للعَبَّادِيِّ، وفي «شرحُ مختصر الجُوَيْنِيِّ» لأبي طاهر روايةُ وجهٍ أنَّ للإمام أنْ يتملَّكَ من الشَّوَارع ما فَضَل عن حاجة الطُّروق[2].

إذا تقرَّر ذلك فلو جَلس في مَوْضعٍ، ثم قام عَنْهُ، نُظِرَ؛ إن كان جلوسه لاَستراحةً وما أشبَهها بَطَلَ حقُّه، وإن كان لحرفةٍ ومعاملةٍ، فإنْ فارقَهُ علَىٰ ألا يَعُودَ لتركه الحرْفَة، أو لقعودِهِ فِي مَوْضِعٍ آخرَ، فكذلك الجواب، وإنْ فارقه علَىٰ أن يعود، فالأشبهُ

(١) وشمل إطلاقه الذمي. وفي ثبوت هذا الارتفاق له وجهان. أوجههما كما قال ابن الرفعة وتبعه السبكي الثبوت وإن لم يأذن الإمام.

(٢) قال النووي في زيادته: وليس للإمام ولا غيره من الولاة أن يأخذ ممن يرتفق بالجلوس والبيع ونحوه في الشوارع عوضاً بلا خلاف وتعقبه البكري في حاشيته على الروضة فقال قال الشيخ البلقيني ما نصه في النهاية في آخر باب الشفعة عن أبي إسحاق المروزي أنه قال ثلاث مسائل أخالف فيها الأصحاب المصلحة عن حق الشفعة وحد القذف ومقاعد الأسواق منع أصحابي أخذ العوض في هذه الأسباب وأنا أجوّز أخذ العوض عنها. انتهى فيرد هذا نفي الخلاف.

بالمذهب ما ضَبَطه الإمامُ، وجرى عليه صاحبُ الكتاب، وهو أنه إن مضى زمان ينقطع فيه الذِّين ألفوا المعامَلَةَ معه، ويستَحِقُّون المعاملةَ مع غيره، بَطَلَ حقُّهُ، وإنْ كان دُونَه، لم يَبْطُل؛ لأنَّ الغرض من تعيين لموْضِع أن يُعْرَفَ، فيعامل، فلا فرْقَ بين أن تكونَ المفارقةُ، لعُذْر كالسفر أو المرض، أو لغيرِ عذرٍ، وَعلَىٰ هذا، فلا يَبْطُلُ حقُّهُ؛ بأنْ يرجع في الليل إلى بيته، وليس لغيره مزاحمته، في اليوم الثاني.

وكذلك الأسواقُ التي تقام في كلِّ أُسْبُوعٍ، أو في كلِّ شهرٍ مرةً، إذا اتخذ فيها مَقْعَداً، كان أحقَّ به في النَّوْبَةِ الثَّانية، وإن تخلَّلتْ بينهما أيَّامٌ.

وقال الإِصْطَخْرِيُّ: إذا رَجَعَ إلَى بيته باللَّيْل، فسَبَقَ إلَى الموضع غَيْرُه، فهو أحقُّ به، كما إذا فارقَ موْضِعِهِ مِنَ المَسْجِد، وعاد للصَّلاة الأُخْرىٰ؛ وقد سبقه إليه غيره.

وفرَقَتْ طائفةٌ، منهم صاحبُ «الشَّامل» والقاضي الرُّويانيُّ بيْن أن يجلس بإقطاع الإمام، فلا يَبْطُلُ حقُّه، إذا قام عَنْهُ، ولَيْسَ لغيره الجُلُوسُ فيه، وبين أن يستقل، فإنْ ترَكَ فيه شيئاً مِنَ رَحْلِه أو متاعِه، بقي حقه، وإلاَّ، فلا.

وإذا قلْنا بالأول، فلو أراد غيرُهُ أنْ يَجْلِس فيه في مُدَّة غَيْبته القصيرة إلى أن يَعُودَ، ففيه وجهان:

أَحَدُهُمَا: لا يُمَكَّنُ؛ لأنَّ الأئمَّةَ يتخيَّلون إعراضه.

والأظهرُ: الثَّاني؛ كيْلا تتعطل[١] منفعة الموْضِع في الحال، وهذا في جلوس الغير للمعامَلَةِ، فأمَّا لغيرها، فلا يُمْنَع بحال[٢].

ولْيُعْلَم قوله في الكتاب: «فَيَبْقَىٰ حقُّه» بالواو؛ لما ذكرنا من الخلاف.

فرعان:

الأوَّل: كما أن موضع الجُلُوس يختصُّ بالجالس فلا يزاحَمُ فيه، كذلك ما حَوْلَه قدْرَ ما يحتاج إلَيْه؛ لوضع متاعه، ووقوف المعامِلِينَ فيه، وليس لغيره أن يقْعُد حيْثُ يمتنع منْ رؤية متاعه، أو وُصُول المعاملين إليه، أو يُضَيِّق علَيْه الكَيْلَ والوَزْن، والأخذ والإعطاء[٣].

---

(١) في ز: تبطل.

(٢) قال النووي: وإذا وضع الناس الأمتعة وآلات البناء ونحو ذلك في مسالك الأسواق والشوارع ارتفاقاً لينقلوها شيئاً بعد شيء، منعوا منه إن أضر بالمارة إضراراً ظاهراً، وإلا، فلا، ذكره الماوردي في «الأحكام السلطانية».

(٣) قال النووي وليس له منع من قعد لبيع مثل متاعه إذا لم يزاحمه فيما يختص به من المرافق المذكورة.

الثاني: الجَوَّالُ الذي يقعُد كلَّ يوم في موضِعٍ من السُّوق يبطُل حقُّه، إذا فارق المكان، والذي تقدَّم مفروضٌ في غيره.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَمَنْ جَلَسَ فِي المَسْجِدِ لِيَقْرأ عَلَيْهِ القُرْآنُ وَالعِلْمُ فَيَأْلفُهُ أَصْحَابُهُ فَهُوَ كَمَقَاعِدِ الأَسْوَاقِ، فَإِنْ جَلَسَ لِلصَّلاةِ لَمْ يَخْتَصَّ بِهِ فِي صَلاةٍ ثَانِيَةٍ، وَيَخْتَصُّ (و) فِي تِلْكَ الصَّلاةِ إِذَا غَابَ بِعُذْرِ رُعَافٍ أَوْ غَيْرِهِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أمَّا المَسْجِدُ، فالجلُوسُ فيه يُفْرَضُ لأغراضٍ.

منها: أنْ يجلس؛ ليُقرأ عليه القرآنُ، أو يُتعلَّمَ منه الفقهُ، أو يُسْتَفْتَىٰ.

قال صاحبُ الكتابِ والشَّيْخ أبو عاصم العبَّادِيُّ: الحكم فيه كما في مقاعِدِ الأسْوَاق؛ لأنَّ له غَرَضاً في ملازمةِ ذَلك المَوْضع ليألفه الناسُ[1]، وهذا أشْبَهُ بمأخذ الباب. وحَكَىٰ أقضى القضاة الماوَرْدِيُّ: أنَّه مهما قام، بَطَلَ حقُّه، وكان السابِقُ إلَيْه أحقَّ لقوله تعالَىٰ: **﴿سواءً الْعَاكِفُ فِيهِ وَالْبَادِ﴾**[2] [الحج - ٢٥].

ومنها أنْ يَجْلِسَ للصَّلاة، وذلك لا يقتضي الاختصاص لما بعدها من الصَّلَوات؛ بل مَنْ سبَق في سائر الصلوات إلَىٰ ذلك الموضع، فهو أحقُّ، وفرَّقُوا بينه وبيْن مقاعد الأسواقِ بأنَّ غَرَضَ المعاملة يختلفُ باختلافِ المقاعد، والصلاةُ في بقاع المسجد لا تختلف، ويجوز أنْ يمنعَ ذلك؛ لأنَّ ثوابَ الصَّلاةِ في الصَّفِّ الأول أكثَرُ، وأيْضاً، فالإنسان قد يألف بقعة من المسْجِد، فهلاَّ كان الحكْمُ كما سيأتي في المدارِسِ، إذا فارق البيتَ الذي يسكنُهُ، وأمَّا الصلاةُ التي حضَرَ لها، فهو أحقُّ بالموضع فيها، وليس لغيره أن يُزْعِجَهُ، فإن فارقه إجابةً لِمَنْ دعاه، أو لِرُعَافٍ، أو قضاءِ حاجةٍ أو تجديد وضوءٍ، ففيه وجهان، ذكرهما القاضي ابن كَجٍّ وغيرُه:

أَحَدُهُمَا: أنَّ اختصَاصَهُ يَبْطُلُ لحصولِ المفارقة، كما بالإضافة إلَىٰ سائر الصلواتِ. **وأصحُّهما**: المَنْعُ؛ لما رُوِيَ أنَّه ﷺ قال: «**إذا قَامَ أَحَدُكُمْ مِنْ مَجْلِسِهِ فِي المَسْجِدِ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ إِذَا عَادَ إِلَيْهِ**»[3]. ولا فرق على الوجهين بين أنْ يتركَ إزاره فيه،

---

(١) فهم من إلحاق المصنف المسجد بالشارع أنه لا يشترط فيه إذن الإمام وهو كذلك كما قاله الإمام، إذ المساجد لله تعالى وإن قيده الماوردي بصغار المساجد.
قال: وأما كبارها والجوامع، فيعتبر فيه إذن الإمام إن كانت عادة البلد الاستئذان فيه.

(٢) قال النووي: هذا المنقول عن الماوردي، حكاه في «الأحكام السلطانية» عن جمهور الفقهاء. وعن مالك - رضي الله عنه -: أنه أحق، فمقتضى كلامه: أن الشافعي وأصحابه، من الجمهور - رضي الله عنهم -.

(٣) أخرجه مسلم (٢١٧٩) من حديث أبي هريرة دون التقييد بالمسجد، وقال الحافظ في التلخيص: =

وبيْن ألاَّ يترك، ولا بين أنْ يطرأ العُذر بعد الشُّرُوعِ في الصلاة أو قبْله، وإن اتَّسَعَ الوقتُ، فإنْ فارَقَه من غَيْرِ عُذر حادثٍ، فهو كما ذكرناً في سائر الصلواتِ(١).

ومنها: الجلوسُ للبَيْعِ والشِّرَاءِ والحِرْفَة، وهو ممنوعٌ إذْ حُرْمَةُ المسجد تأبَىٰ اتخاذه حانوتاً، وقد رُوِيَ أنَ عثمانَ ـ رضي الله عنه ـ رأىٰ خَيَّاطاً في المَسْجِدِ يخيط فأخْرَجَه(٢).

فرعان:

الأوَّلُ: يمنع الناس من آستطراقِ حِلَقِ الفقهاء، والقُرَّاء في الجامع تَوْقِيراً لها.

الثاني: قال الإمامُ: لا خلاف(٣) في آنقطاع تَصَرُّفِ الإمامِ، وإقْطَاعه عن بقاع المسْجِد، فإنَّ المَسَاجد لِلّٰهِ تعالَىٰ يُخْدشَهُ ههنا شيئان:

أحَدُهُمَا: أنَّ القاضِيَ المَاوَرْدِيَّ ذكر أنَّ الترَتّب في المَسْجد للتدريسِ، والفَتْوَىٰ [كالترتب للإمامة، حتى لا يعتبر إذْنُ الإمامِ في مسَاجِد المحالِّ، ويعتبر في الجوامع، وكبار المساجد، إذَا كانت](٤) عادةُ البَلَدِ فيه الاستئذانَ، فَجَعَلَ لإذن الإمام فيه آعتباراً.

والثاني: عَدَّ الشيخ أبو حامد وطائفةٌ من جملةِ ما يقطع؛ ليرتفق المقْطع بالجلوس فيه للبَيْع والشراء مع مقاعِدِ الأسْوَاق رحابُ المسجد، وهذا كما يقدح في نفْي الإقطاع، يعترض على المشْهُور في المنْع منَ الجُلُوس في المسْجِد؛ للبيع والشراء إلاَّ أن يراد

= وقد أورده بالزيادة إمام الحرمين في النهاية وصححه، وأقره في الروضة على ذلك، وعزاه في المطلب إلى البخاري، وليس هو فيه، وقد نص على أنه من إفراد مسلم: عبد الحق والحميدي، وفي ابن خزيمة وغيره من طريق ابن جريج سمعت نافعاً أن ابن عمر قال: قال النبي ﷺ: «لا يقم أحدكم أخاه من مجلسه ثم يخلفه فيه، فقلت له: في يوم الجمعة؟ قال فيه وفي غيره».

(١) قال النووي: ومنها: الجلوس للاعتكاف، وينبغي أن يقال: له الاختصاص بموضعه ما لم يخرج من المسجد إن كان اعتكافاً مطلقاً. وإن نوى اعتكاف أيام، فخرج لحاجة جائزة، ففي بقاء اختصاصه إذا رجع احتمال، والظاهر بقاؤه، ويحتمل أن يكون على الخلاف فيما إذا خرج المصلي لعذر.

ومنها: الجالس لاستماع الحديث والوعظ، والظاهر أنه كالصلاة فلا يختص فيما سوى ذلك المجلس ولا فيه إن فارقه بلا عذر، ويختص إن فارق بعذر على المختار. ويحتمل أن يقال: إن كان له عادة بالجلوس بقرب كبير المجلس، وينتفع الحاضرون بقربه منه لعلمه ونحو ذلك، دام اختصاصه في كل مجلس بكل حال وأما مجلس الفقيه في موضع معين حال تدريس المدرس في المدرسة أو المسجد، فالظاهر فيه دوام الاختصاص، لاطراد العرف، وفيه احتمال.

(٢) قال ابن الملقن في «الخلاصة (٢/ ١١٥): رواه ابن عدي بإسناد ضعيف قال عبد الحق: هو غير محفوظ.

(٣) في د: لا تستريب.

(٤) سقط في: ب.

بالرِّحَابِ الأبنيةُ الخارجةُ عن حَدِّ المسجد[١].

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَالسَّابِقُ فِي الرِّبَاطَاتِ وَغَيرِهَا إِلَىٰ بُقْعَةٍ يَخْتَصُّ بِهَا، ثُمَّ إِنْ طَالَ عُكُوفُهُ عَلَىٰ هَـٰذِهِ ٱلانْتِفَاعَاتِ المُشْتَرَكَةِ وَصَارَ كَالتَّمَلُّكِ الَّذِي أَبْطَلَ أَثَرَ ٱلاشْتِرَاكِ فَفِي الإِزْعَاجِ خِلاَفٌ (و).

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الرِّبَاطاتُ المسبلة في الطُّرُقِ، وعلىٰ أطراف البلاد، إذا سَبَقَ إِلَىٰ موضع منها سابقٌ، صار أحقَّ به، ولَيْسَ لغيره إزعاجُه، سَواءٌ دخل بإذن الإمامِ، أو بغير إذْنِه، ولا يَبْطُلُ حَقُّهُ بالخُروج لشراءِ طعامٍ ونحوه، ولا يلزمه تخليفُ أحدٍ في الموضع، ولا أنْ يَتْرُكَ متاعَهُ فيه؛ لأنَّه قد لا يَجِدُ غيره، ولا يأْمَنُ على متاعه، ولو ازْدَحَمَ ٱثنانِ علَىٰ موضِعٍ، ولا سَبْق، فعلَىٰ ما ذكرنا في المقاعد، وكذلك الحكم في المدارس، والخوانق إذَا نزلها منْ هو مِنْ أهلها، وإذا سكنَ بَيْتاً منها مُدَّة، ثم غاب أيَّاماً قليلةً، فهو أحقُّ إذا عاد؛ لأنَّهُ ألفه، وإنْ طالتْ غَيْبَتُهُ، بَطَلَ حقُّهُ[٢]، والنازِلُونَ في مَوْضِعٍ من البادية أحقُّ به، وبما حوالَيْه قدْرَ ما يحتاجون إلَيْه لِمَرَافِقِهِم، ولا يزاحمون في الوادي الذي سرَّحُوا إليه مواشِيَهم، إلاَّ أنْ يَكُونَ فيه وفاءٌ بالكُلِّ، وإذا ارتحلوا، بَطَلَ اختصاصُهُمْ، وإنْ بَقِيَ آثار الفساطيط ونحوُها[٣].

وقوله: «إن طال عكوفه على هذه الانتفاعات المشتركة، وصار كالتملك الذي أبطل أثر الاشتراك ففي الازعاج خلاف» يعنى المرتفق بالشوارع والمساجد إذا طال العكوف عليها فأخذ الوجهَيْن: أنَّهُ يزعج؛ ليظهر الفَرْق بين المشتركات والأَمْلاَكِ المختصَّة بالمُلاَّك.

(١) قال النووي: قال الماوردي في «الأحكام»: إن حريم الجوامع والمساجد، إن كان الارتفاق به مضراً بأهل المساجد، منع منه، ولم يجز للسلطان الإذن فيه، وإلا، جاز. وهل يشترط فيه إذن السلطان؟ وجهان.

(٢) قال النووي: والرجوع في الطول إلى العرف. ولو أراد غيره النزول فيه في مدة غيبة الأول على أن يفارقه إذا جاء الأول، فينبغي أن يجوز قطعاً، أو يكون على الوجهين السابقين في الموضع من الشارع. ويجوز لغير سكان المدرسة من الفقهاء والعوام دخولها، والجلوس فيها، والشرب من مياهها، والاتكاء والنوم فيها، ودخول سِقايتها، ونحو ذلك مما جرى العرف به. وأما سكنى غير الفقهاء في بيوتها، فإن كان فيه نص من الواقف بنفي أو إثبات، اتُّبع، وإلا، فالظاهر منعه، وفيه احتمال في بلد جرت به العادة.

(٣) قال النووي: ولو أرادت طائفة النزول في موضع من البادية للاستيطان، قال الماوردي: إن كان نزولهم مضراً بالسابلة، منعهم السلطان قبل النزول أو بعده. وإن لم يضر، راعي الأصلح في نزولهم ومنعهم ونقلِ غيرهم إليها. فإن نزلوا بغير إذنه، لم يمنعهم، كما لا يمنع من أحيا مواتاً بغير إذنه، ودبرهم بما يراه صلاحاً لهم، وينهاهم عن إحداث زيادة إلا بإذنه. ينظر: الروضة ٤/ ٤٦٤.

وأظهرهُمَا: وبه قال أبو إِسْحَاقَ أنه لا يُزْعَج؛ لأنَّهُ أحدُ المرتفقين، وقد ثبتَتْ له اليدُ بالسَّبْق، فلا تزال.

وأيضاً فقد رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ قال: «مَنْ سَبَقَ إِلَىٰ مَا لَمْ يَسْبِقْهُ إِلَيْهِ مُسْلِم، فَهُوَ لَهُ»[1].

أمَّا الرِّباطاتُ الموقُوفةُ، فإنْ عَيَّن الوَاقِفُ مُدَّةَ المكْثِ فيها، فلا يزيد، وكذا لو وقَفَ على المُسَافِرين، فلا يمكث مدّة تزيد علَىٰ مدة مُكْثِ المسافرين، وإنْ أَطْلَقَ الواقف، نُظِرَ إِلَى الغرضِ الذي بنيت البقعة لَهُ، وعمل بالمعتاد فيه، فلا يُمَكَّنُ من الإقامةِ في رباطات المَارَّة، إلاَّ لمصْلَحتها، أوْ لخوْفٍ يعرض، أو لأمطارٍ تتواتَرُ، وفي المدرسةِ الموقوفة علَىٰ طلبةِ العلم، يمكَّن من الإقامة إلى ٱستتمام غَرَضه، فإنْ ترك التَّعلُّمَ والتحصيلَ أزعج، وفي الخَانقاهات لا يمكَّن، هذا الضبطُ، ففي الإزعاج، إذا طال المُكْث، ما سَبَق في الشَّوارع والله أعلم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **أَمَّا المَعَادِنُ فَظَاهِرَةٌ وَبَاطِنَةٌ (أَمَّا الظَّاهِرَةُ): فَالمِلْحُ وَالنِّفْطُ وَأَحْجَارُ الرَّحَا وَالرُّخَامُ وَالبُرْمَةُ وَكُلُّ مَا لاَ يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَىٰ طَلَبٍ فَلاَ يَختَصّ بِهِ أَحَدٌ إِلاَّ بِإِحْيَاءِ وَتَحْوِيطِ حَوْلَهُ وَلاَ يَخْتَصُّ بِتَحْجِيرٍ وَلاَ بِإِقْطَاعٍ بَلْ هُوَ مُبَاحٌ كَالمِيَاهِ الجَارِيَةِ، وَالسَّابِقُ إِلَىٰ مَوْضِعٍ لاَ يُزْعَجُ قَبْلَ قَضَاءِ وَطَرِهِ، فَإِنْ تَسَابَقَ رَجُلاَنِ أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا (و) وَيُقَدِّمُ القَاضِي مَنْ رَآهُ أَحْوَجَ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: البابُ الثَّالثُ: في الأعيان الخارجةُ فِي الأرض، وفيه فصلان:

الفصلُ الأوَّلُ: في المعادن، وهي البقَاعُ الَّتي أوْدَعَهَا اللَّهُ تعَالَىٰ شيئاً من الجواهرِ المطْلُوبةِ ـ وتنقسِمُ إِلَىٰ ظاهرةٍ، وباطنةٍ:

فالظاهرةُ: هي التي يبدو جوهرها من غَيْر عَمَلٍ، وإنَّما السَّعْيُ والعملُ لتحصِيله، ثم تحصيُله قد يَسْهُل، وقد يَلْحَقَ فيه تَعَبٌ، وذلك كالنِّفْطِ وأحجارِ الرَّحَىٰ والبُرْمة[2] وَالكِبْرِيت، والقِطِران والقَارِ[3] والمُومِيَاء[4] وأشْبَاهها، فلا يملكُها أَحَدٌ بالإحياء والعِمارة، وإن ٱزداد النَّيْل[5]، ولا يختصّ بها التحجُّر، وليْسَ للسلطانِ إقطاعُها بلْ هو

---

(١) أخرجه أبو داود من حديث أسمر بن مضرس، قال البغوي: لا أعلم بهذا الإسناد غير هذا الحديث وقال الحافظ في التلخيص: وصححه الضياء في المختارة.

(٢) مجر يحمل في القدر. (٣) هو الزفت.

(٤) بضم الميم الأولى وبالمد وحكى القصر: شيء يلقيه الماء في بعض السواحل فيجمد فيه فيصير كالقار وقيل: إنه أحجار سوداء باليمن خفيفة فيها تجويف، وأما الذي تؤخذ من عظام الموتى فهي نجسة.

(٥) في د: السبك.

فوضى بين الناس كالمياهِ الجارية، والكلأ والحطب وقد رُوِيَ أنْ أَبْيَضَ بن حمال المازني اسْتَقْطَعَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مِلْحَ مَأْرِب، فأراد أن يُقْطِعَهُ، ويُرْوَىٰ فأقطعه فَقِيلَ: إنَّه كالمَاء العد[١] قال: فلا، إذن[٢].

ولو حوط على بعض هذه المعادن محوطاً واتخذ علَيْه داراً أو بستاناً. لم يملك البقعة لفساد قصده، فإن المعدن لا يتخذ مسكناً ولا بستاناً، وأشار في الوسيط إلى خلاف فيه ولو ازْدَحَمَ اثنان علَىٰ معدن ظاهر، فضاق المكانُ، فالسابقُ أَوْلَىٰ وبأيِّ قدر يَسْتَحِقُّ التمكن والتقديم؟ عبارة أكثرهم أنَّه يتقدَّمُ بأخذ قدْر الحَاجَة، ولمْ يبيِّنوا أنَّ المرعى حاجةِ يَوْمٍ أو سَنَةٍ، ولما لم يشُف[٣] ذلك، قال الإمامُ: الرُّجوعُ فيه إلى العُرْف، فَيأخذ ما تَقْتضيه العادةُ لأمثاله، وإذا أراد الزِّيَادَةَ علَىٰ ما يقتضيه حقُّ السَّبقِ، فوجهان:

أحَدُهُمَا: لا يزعج أو يأخُذُ بحقِّ السبق، ما شاء، لما رُوِيَ أنَّهُ ﷺ قال: «مَنْ سَبَقَ إِلَىٰ مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ».

وأظْهَرُهُمَا: الإزعَاج؛ فإنَّ عكوفَه عَلَيْه كالتحجُّر، والتحْويط المانع للغَيْر، هكذا ذكَرُوه مع جعْلِهم الأظْهَرَ في مَقاعد الأسواق؛ أنَّه لا يزعج، ويمْكِنُهُ أن يفرق بينهما لشدة الحاجاتِ إِلَىٰ نيل المعادن، وإنْ جاءَا معاً، ففيه ثلاثةُ أَوْجهٍ:

أَظْهَرُهُمَا: أنَّهُ يُقْرِعُ بينهما.

والثَّاني: أنَّ الإمامَ يَجْتَهِدُ، ويُقَدِّمُ من يراه أحْوَجَ وأحقَّ.

والثَّالِثُ: أنَّه ينصب مَنْ يُقَسِم الحاصلَ بينهما.

ووضع العراقيُّون من الأصحاب الوجُودَ فيما إذا كانا يأْخُذَان للحاجَةِ لا للتجارة، فإن كانا يأْخُذَان للتجارة، قالوا: يهايأ بينهما فيه، فإنْ تَشَاحَّا في السَّبْق، أُقْرع، وكان الفَرْقُ أنَّ التاجرَ لغرض التجارة أليق والأشْهَر[٤] إطلاقُ الأوجه، ويُشْبه على قياس ما

---

(١) قال الحافظ في التلخيص: العد بكسر العين المهملة الدائم الذي لا انقطاع لمادته، وجمعه أعداد، وقيل العد: ما يجمع ويعد، ورده الأزهري ورجح الأول، وما رب غير مهموز على وزن ضارب موضع بصنعاء. (فائدة) الذي قال للنبي ﷺ ذلك هو الأقرع بن حابس، جينه الدارقطني في روايته.

(٢) رواه الشافعي عن ابن عيينة عن معمر عن رجل من أهل مارب عن أبيه: أن الأبيض ابن حمال سأل، فذكره سواء، ورواه أصحاب السنن الأربعة أبو داود (٣٠٦٤)، الترمذي (١٣٨٠)، النسائي وابن ماجه (٢٤٧٥) من طريق محمد بن يحيى بن قيس المازني عن أبيه عن سمي بن قيس عن شمير عن أبيض، وصححه ابن حبان قال الحافظ في التلخيص: وضعفه ابن القطان.

(٣) في د: فلما كشف. (٤) في ب: الأظهر.

ذكروه أنْ يُقَالَ: إذا كَانَ أحدُهُمَا تاجِراً، والآخرُ محتاجاً يقدّم المحتاج.

ومِن المعادِنِ الظاهرة: المِلْحُ الذي ينعقدُ منَ المَاء، وكذا الجَبليُّ إذا كان ظاهراً لا يحتاج فيه إِلَىٰ حفر[ة] وتنحية تراب، والكُحْلُ والجَصُّ والمَدَرُ، وأحجارُ النورة، وفي بعض شروح «المفتاح» عُدَّ المِلْح الجبليّ من المعادن الباطنة.

وفي «التهذيب» عَدُّ الكُحْل والجَصّ منها، وهما محمُولاَنِ علىٰ ما إذا أحوج إظهارها إلى الحَفَرِ، ولو كان بقُرْبِ السَّاحل بقعةٌ لو حفرت وسيق الماء إليها، ظهر فيها المِلْحُ، فلَيْسَتْ هي مِن المعادن الظاهرة؛ لأنَّ المقْصُودَ منها يَظْهرُ بالعَمَل، وللإمام إقطاعُها.

ومَنْ حفرها وساق الماءَ إِلَيْها، وظَهَر المِلْح، مَلَكَها، كما لَوْ أَحْيَا مَوَاتاً.

وقولُه في الكتابِ: «والسَّابِقُ إِلَىٰ موضعٍ لا يزعج قبْلَ قضَاءِ وَطَرِهِ».

هذا اللفظُ إنَّما يَنْطَبِقُ على الوجه الذَّاهِب إِلَىٰ أنَّه يَأْخُذُ بحَقِّ السَّبقِ ما شاء، وفيه ما سبق. وقوله: «أُقرِعَ بينهما أو قَدَّم القاضي» أراد أُقرِعَ في وجه، وقَدَّم القاضي الأَحْوَجَ في وجه.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (أَمَّا الباطِنَةُ) وَهِيَ الَّتِي تَظْهَرُ بالْعَمَلِ كَالذَّهَبِ وَالفِضَّةِ، فَإِنْ ظَهَرَ فِي مِلْكِ إِنْسَانٍ بَعْدَ أَنْ أَحياهُ فَهُوَ مِلْكُهُ، فَإِنْ لَمْ يحيي وَلَكنَّه ظَهَرَ بِعَمَلِهِ فَهَلْ يَمْلِكُهُ به؟ فِيهِ قَوْلاَنِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ دَخَلَ الإِقْطَاعُ فيه كَالمَوَاتِ، وَلاَ يَقْتَصِرُ مِلْكُهُ عَلَىٰ مَحَلِّ النَّيلَ بَلِ الحُفْرَةُ الَّتِي حَوَالَيهِ وَيَلِيقُ بِحَرِيمِهِ يَمْلِكُهُ أَيْضاً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الضربُ الثاني: المعادنُ الباطنةُ، وهي الَّتي لا يظهرُ جَوْهرُها إلاَّ بالعملِ والمعالجةِ كالذهبِ، والفضةِ، والفيروزِ، والياقُوتِ، والرَّصَاص، والنُّحَاسِ، والحَدِيد، وسائِرِ الجواهِرِ المبثوثة في طبقاتِ الأرْضِ.

وعن الشيخ أبي محمَّد تردَّدٌ في عدِّ حَجَرَ الحديد ونحوه من المعادن الباطِنَةِ؛ لأنَّ ما فيها من الجوْهَرِ بادٍ علَىٰ الحَجَر، والظاهرُ الأولُ؛ لأنَّ الحديدَ لا يُسْتَخْرَجُ منه إلاَّ بمعاناة، وليس البادي على الحجر عيَّن الحديدِ، وإنَّما هو مخيلته، ولو أَظْهَرَ السَّيْلُ قطعة ذهَبٍ، أو أتى بها، التحقَتْ بالمعادن الظاهِرَة.

إذا عُرفَ ذلك، فالمعدن الباطنُ، هل يملك بالحفر والعمل؟ فيه قولان:

أحدُهُمَا: وَيُحْكَىٰ عن أبي حنيفةَ ـ رضي الله عنه ـ نعم، لأنَّهُ غيرُ مَمْلُوكٍ لا يُتوصَّلُ إِلَىٰ منفعته إلاَّ بمعالجةٍ ومُؤْنةٍ، فأَشْبَهَ المَوات إذا أُحْيِيَ.

والثاني: لاَ، كالمعادنِ الظاهرةِ، وليس كإحياء المَوَات؛ لأنَّه إذا أحيا، ثَبَتَ

الإحْياءُ فيه، وٱستغْنَىٰ عن العمل كلَّ يوم والنيل مبثوث في طبقات الأرض يُحْوِج كلَّ يوم إلَىٰ حفرٍ وعملٍ.

وأصحُّ القولَيْنِ الثاني فيما ذكره المَسْعُودِيُّ، وصاحبُ «المهذَّب»، والقاضي الرُّوَيانيُّ، وفي كلامِ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ مَا يُشْعِرُ بترجيحِهِ.

التفريع: إن قلنا: إنَّه يَمْلِكُ، فذاك، إذا قصد التملُّك، وحفر حتى ظهر النَّيلُ، أمَّا قبلَ الظُّهورِ، فهو كالمتحجِّر، وهذا كما أنَّه إذا حفر بئراً في الموات على قصد التَّملُّكِ مَلَكَه، إذا وصَلَ إلى الماءِ، وإذا ٱتَّسَعَ الحفرُ، ولم يُوْجَدِ النَّيْلُ إلاَّ في الوَسَطَ، أو في بعض الأطْرَاف، لم يقصر المِلْكُ على محل النَّيلِ بل يملك ما حوالَيْه مما يليقُ بحريمه، وهو قدْرُ ما يقفُ فيه الأعوانُ والدوابُّ، ومن جاوز ذلك، وحَفَرَ لم يُمْنَع، وإن وَصَلَ إلى العروق ويجُوزُ للسُّلْطان أن يُقْطِعَه كالموات، وإن قلنا: إنَّهُ لا يُمْلَكُ فالسَّابقُ إلَىٰ موضعٍ منه أحقُّ به، لكنْ لو طالَ عكوفه، ففي الإزعاجِ ما ذكرنا في المعادِن الظاهر، ومنْهمْ من قطع ههنا أنَّه لا يزعج؛ لأنَّ هناك يُمْكِنُ الأخْذُ دُفْعَةً واحدةً، فلا حاجةَ إلى إطَالة المكْثِ، ولأن ههنا لا يَحْصُل النَّيْلُ إلاَّ بتعَبٍ ومشقةً، فيُقَدم السابقُ على اللأحقِ ولو ازدحم ٱثنان، فعلى الوُجُوه المذكورةِ هناك، وفي جوازِ إقْطَاعِها علَىٰ هذا القولِ قولان:

أحدُهُما: المنعُ كالمعادِنِ الظَّاهِرة.

وأصحُّهما: الجَوازُ؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ أَرَادَ إِقْطَاعَ مِلْحِ مارب أو «أَقْطَعَهُ»، فلَمَّا قِيلَ لَهُ: إنَّه كالمَاءِ العد ٱمْتَنَعَ مِنْه»[1] فدلَّ على أنَّ الباطنَ يَجُوزُ إقطاعُهُ، ولا يبعد دخولُ الإقْطَاعِ فيما لا يُمْلَكُ كمقاعد الأسواق، ولا يقطع الإمام إلا قَدْرَ ما يتأتَّى للمقطِعِ الْعَمَلُ علَيْه، والأخْذُ مِنْه، وعلى القولَين يجوزُ العَمَلُ على المَعْدِن الباطِنِ، والأخْذُ منه منْ غير إذْنه الإمامِ، فإنَّه إما كالمعْدِن الظاهر، أو كالموات.

ولو أحْيَا مَوَاتاً، ثم ظهر فيه مَعْدنٌ من هذه المعادِنِ، ملَكَه بلا خلاف، لأنَّهُ، بالإحياء مَلَكَ الأرض بأجزائها وهو من أجزائها، بخلاف الركاز فإنَّه مودعٌ فيها، هذا إذا لم يَعْلَمْ أنَّ فيها مَعْدناً، فإنْ عَلِمَ، وٱتَّخَذَ عليه داراً، فإنَّ الشَّيْخَ أبا الفرجِ السَّرْخَسِيَّ نقل في ملك المعْدِنِ طريقين:

أحدهُما: أنَّهُ على القَولَيْنِ السَّابقَيْنِ[2].

---

(١) تقدم.

(٢) في تملكه بالإحياء وهو قضية إطلاق المحرر فيكون الراجح عدم ملكه لفساد القصد وهو المعتمد كما هو في بعض نسخ الروض المعتمدة.

والثاني: القَطْعُ بأنَّهُ يَمْلِكُ كما لو لم يَعْلَم، وأمَّا البقعةُ المُحْيَاةُ، فقد قال الإمامُ: ظاهرُ المَذْهَبِ أنَّها لا تُمْلَكُ؛ لأنَّ المَعْدِن يُتَّخذ داراً، ولا مزرعةً، فالقصدُ فاسدٌ.

ومنهم مَنْ قال: يَمْلِكُهَا بالإحْيَاءِ، وكان ما حكَيْناهِ مِنَ الخلافِ في المعادِنِ الظَّاهرة عن «الوسيط» مأخوذٌ من هذا.

ومما يتفرَّعُ على القولَين أنَّ المَعْدِنَ البَاطِنَ، إذا عُمِلَ عليه في الجاهلية، هل يُمْلك، وهَلْ يجوزُ إقطاعُهُ؟ إنْ قلْنا: إنَّ هٰذا المعدِنَ يُمْلَكُ بالحَفْر والعَمَل، فهو مِلْكٌ للغانمين؛ كأراضي دار الحَرْبِ التي أَحْيَوْهَا، ثم ٱسْتَوْلَيْنَا عليها، وإن قلْنا: لا تُمْلَكُ، ففِي جوازِ الإقْطَاع ما قدَّمناه من القولَيْن.

وقولُه في الكتاب «وإن لم يُحْيِي، ولكنَّه أظهر بعمله أراد أنَّهُ لم يُحيي كما تَحْيا المواتُ بأن يتّخذَ مَسكناً أو بستاناً أو مزرعةً، ولكنَّهُ حَفَر حتى ظَهَرَ النيلُ.

ومن الأصحابَ مَنْ يُطْلِقُ لَفْظَ الإحْياء على العَمَلِ في المعدن؛ لأنَّه إصْلاَحٌ له، ويقولُ: هَلْ يملك المعدِنَ بالإحياء؟ فيه قولان، وهٰذا الاختلافُ يرجع إلى مجرَّد الإصْلاَح. وفي قوله: «أظهر بعملِه» ما يشير إلَىٰ أنَّ الإظهارَ لا بُدَّ منه ليَجيء القولان، ونختم الفصل بمسألتين:

إحدَاهُمَا: ظاهرُ المرويِّ أنَّهُ مَالِكُ المعدن الباطِن، لا يجُوزُ له بَيْعُهُ؛ لأنَّ المقصودَ منه النيلُ، والنَّيلُ متفرِّق في طبقات الأرض مجهولُ القَدْر والصِّفَة، فصَارَ كما لو جمع قَدْراً من ترابِ المَعْدِن، ومنه النَّيل وباعَه. وحَكَى الإمامُ وجْهاً آخَرَ في جوازِه، لأنَّ المبيعِ رقبة المعدِن، والنَّيل فائدته وريعه.

الثانية: مَلَكَ معْدِناً باطناً، فجاء غَيْرُهُ، وٱستخرَجَ منه نيلاً بغير إذنِه، فعليه ردُّه، ولا أُجْرَةَ له، ولو قال المالِكُ: ٱعْمَلْ فيه، وٱسْتَخْرِجِ النَّيلَ لي، ففعل، [ففي استحقاقه] الأُجْرَةَ على الخلاف فيما إذا قال: ٱغْسِلْ ثوبي، فغسل.

ولو قال: اعْمَلْ فما ٱستَخْرَجْتَه، فهو لك، أو قال: ٱستَخْرِجْ لنَفْسِكَ، فالحاصل للمالِك؛ لأنَّه هبة مجهولٍ، وكان يُمْكِنُ تَشْبيهُه بإباحةِ ثمارِ البُسْتَانِ ونَحْوِها، لكنَّ المنقولَ الأوَّلُ. وفي ٱستحقاقِ الأُجرةِ وجهان:

أحدهُمَا: المنعُ؛ لأنَّه عَمِلَ لنَفْسِهِ.

والثاني: وبه قال ابنُ سُرَيْج: أنَّها تجبُ؛ لأنَّ عَمَلَهُ وقَع للمالِك، وهو غيرُ متعدٍّ بعملِه ولا متبرِّع[1]، ولو قال: اعْمَلْ فما ٱستخرجْتَه، فهو بيننا مُنَاصفةً، لم يصحَّ؛ لأنَّ

---

(١) قال النووي: ثبوتها أصح.

العِوَضَ ينبغي أنْ يكونَ مَعْلُوماً. قال في «الشَّامِلِ»: فلَيْسَ هذا كما لو شَرَط جزءاً من الربح والثمرة في القراضِ أو المساقاة: لأنَّه جعل عوضَ العمل ههنا جزءاً من الأصْل، فهو كما لو شَرَطَ للعاملِ جزءاً منْ رَأْسِ المَالِ. ولو قال: مهما[1] اَستخرجْتَهُ، فلك منه عَشَرَةُ دَرَاهِمَ، لم يَصِحَّ أيْضاً؛ لأنَّه ربما يحصل هذا المقدار.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **أَمَّا المِيَاهُ فَثَلاَثَةٌ مُحْرَزٌ فِي الأَوَانِي فَهُوَ مِلْكٌ (و) كَسَائِرِ الأَمْلاَكِ يَصِحُّ (و) بَيْعُهُ، وَعَامٌّ لَمْ يَظْهَرْ بِعَمَلٍ وَلاَ يَجْرِي بِحَفْرِ نَهرٍ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ أَنْ يَأْخُذَ سَاقِيَةً مِنْهُ فَيَجْرِي المَاءُ إِلَىٰ أَرْضِهِ، وَلِلأَعْلَىٰ أَنْ يَسْقِيَ أَرْضَهُ إِلَى الكَعْبِ (و) وَيَلْزَمُهُ بَعْدَ ذَلِكَ أَنْ يُسَرِّحَهُ إِلَى الأَسْفَلِ وَقِيلَ: لاَ يَلْزَمُهُ (و)، فَإِنْ تَعَلَّىٰ وَاحِدٌ وَأَخَذَ سَاقِيَةً وَقَطَعَ المَاءَ عَنِ الكُلِّ مُنِعَ لِأَنَّهُمْ بِإِحْيَاءِ الأَرْضِ اَسْتَحَقُّوا مَرَافِقَهَا وَالمَاءُ مِنَ المرافِقِ فَيُمْنَعُ مِنْ إِحْدَاثِ مَا لَمْ يَكُن.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الفصل الثاني: في المياه، وهِيَ قِسْمَان:

أحدُهُمَا: المياهُ المبَاحَةَ، وهِيَ الَّتي تَنْبُعُ في مواضعَ لا تَخْتَصُّ بأحَدٍ، ولا صنع للآدميِّين في إنباطِهِ وإجرائه كماءِ «الفُرَات» و«جيحون» وسائِرِ أودية العَالَم، والعُيُون في الجِبَالِ، وسُيُولِ الأمطارِ، فالناس فيها سواء على ما رُوِيَ عن رَسُولِ اللهِ ﷺ أَنَّهُ قال: «النَّاسُ شُرَكَاءُ في ثَلاَثَةٍ: في المَاءِ وَالنَّارِ وَالْكَلأَ»[2].

---

(١) في د: فما.

(٢) رواه، ابن ماجه (٢٤٧٢) من حديث ابن عباس بلفظ: المسلمون قال الحافظ في التلخيص: وفيه عبد الله بن خراش متروك، وقد صححه ابن السكن، [ورواه الخطيب في الرواة عن مالك، عن نافع عن ابن عمر، وزاد: والملح قال الحافظ في التلخيص وفيه عبد الحكم بن ميسرة رواية عن مالك وهو عند الطبراني بسند حسن عن زيد بن جبير عن ابن عمر كالأول]، وله عنده طرق أخرى، ولابن ماجه (٢٤٧٣) من حديث أبي هريرة بسند صحيح: «ثلاث لا يمنعن: الماء، والكلاء، والنار، ولأبي داود من حديث بهيسة عن أبيها أنه قال: يا رسول الله ما الشيء الذي لا يحل منعه؟ قال: الماء، ثم أعاد فقال: الملح، وفيه قصة قال الحافظ في التلخيص: وأعله عبد الحق، وابن القطان بأنها لا تعرف، لكن ذكرها ابن حبان وغيره في الصحابة، ولابن ماجه من حديث عائشة أنها قالت: يا رسول الله ما الشيء الذي لا يحل منعه؟ قال: «الماء، والملح، والنار» ـ الحديث.

قال الحافظ في التلخيص: وإسناده ضعيف، وللطبراني في الصغير من حديث أنس: «خصلتان لا يحل منعهما: الماء، والنار» قال الحافظ في التلخيص: قال أبو حاتم في العلل: هذا حديث منكر، وللعقيلي في الضعفاء عن عبد الله بن سرجس نحو حديث بهيسة، وروى أبو داود في السنن. وأحمد في المسند من حديث أبي خداش أنه سمع رجلاً من المهاجرين من أصحاب رسول الله ﷺ قال: غزوت مع رسول الله ﷺ ثلاثاً أسمعه يقول: المسلمون شركاء في ثلاث:

فإنْ اثْنَانِ فصاعداً، أخذ كُلُّ واحِدٍ [منهم] ما شاء، فإنْ قَلَّ الماءُ أو ضاق المَشْرَعُ قَدِّم السَّابق، فإنْ جَاءَا معاً، أُقْرِعَ بينهما، وإن أراد واحدٌ السَّقْي، وهناك من يَحْتَاجُ إلَيْه للشُّرْبِ، فالثاني أوْلَى، قاله في «التتمة»، ومَنْ أخَذَ منه شيئاً في إناء ملكه، ولم يكنْ للغير أن يزاحِمَه فيه كما لو احتشَّ أو احتطب، وفي «النهاية» وجهٌ آخرُ أنّه لا يملكُ لكنَّه أولى به من غيره. والمذْهَبُ الأوَّلُ، وإنْ دخل شيْءٌ منه مِلْكَ إنسان بسَيْل، فليس لغيره أخْذُه، ما دام فيه الامتناع الدُّخُول في مِلْكِ الغَيْرِ بغَيْرِ إذْنِهِ، لكن لو فعل فيملكه أم للمالِك استرداده؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: الأوَّلُ، فإذا خَرَجَ منه، أخَذَهُ من شاء.

وإذا أراد قَوْمٌ سَقْيَ أراضِيهِمْ مِنْ مثْلِ هذا الماءِ، فإنْ كَانَ النَّهْرُ عظيماً يفي بالكُلِّ سقَىٰ من شاء منْهم، مَتَىٰ شاء[1]، وإن كانَ الماءُ صَغيراً، أو كان الماءُ يَنْسَاق من الوادي العظيم في ساقِيَةٍ غَيْرِ مملوكةٍ، بأن انخرقَتْ بنَفْسِها، فيَسْقِي الأوَّلُ أرضَهُ، ثم يُرْسِلُه إلى الثَّاني، ثم إلى الثَّالث؛ لما رُوِيَ عن عُبَادَةَ بنِ الصَّامتِ ـ رضي اللَّهُ عنه ـ أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى فِي الشُّرب «أنَّ لِلأَعْلَىٰ أَنْ يَسْقِيَ قَبْلَ الأَسْفَلِ ثم يُرْسِلَ إلَى الأَسْفَلِ، ولا يَحْبِسِ الْمَاءَ فِي أرْضِهِ»[2].

والمشهورُ أنّه يحبُسُ حتى إلى أن يبلغَ الكعبَيْن؛ لما رُوِيَ في حديثِ عُبَادَةَ أنَّه يجعلُ الماء إلى الكَعْبَيْن لما روي عن عمرِو بن شعيْبٍ عن ابْنِهِ عَنْ جَدِّهِ أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَىٰ فِي السَّيْلِ أنْ يُمْسِكَ حَتَّى يَبْلُغَ إلى الكعبين، ثُمَّ يُرْسِلَ الأعْلَىٰ إلى الأسْفَلِ»[3]،

= الماء، والكلأ، والنار ورواه أبو نعيم في معرفة الصحابة في ترجمة أبي خداش قال الحافظ في التلخيص ولم يذكر الرجل، وقد سئل أبو حاتم عنه فقال: أبو خداش لم يدرك النبي ﷺ، وهو كما قال، فقد سماه أبو داود في روايته: حبان بن زيد وهو الشرعبي، وهو تابعي معروف.

(١) قال في الخادم: كذا أطلقا وهو فيما إذا كان لكل أحد ساقية يرسلها منه إلى أرضه متى شاء، أما لو كان مخرج الماء منه واحداً لا يمكن السقي منه إلا مرتباً فلا، بل الحكم كما سيأتي من تقديم الأول فالأول، وإلا فيصير مستحق التقديم متأخر نوبته.

(٢) رواه ابن ماجه (٢٤٨٣) والبيهقي والطبراني.
وقال الحافظ في التلخيص: وفيه انقطاع.

(٣) رواه، أبو داود (٣٦٣٩)، وابن ماجه (٢٤٨٢) من هذا الوجه بلفظ: قضى في السيل المهزور، ورواه الحاكم في المستدرك من حديث عائشة أنه قضى في سيل مهزور ومذنب: أن الأعلى يرسل إلى الأسفل، ويحبس قدر الكعبين، قال الحافظ في التلخيص وأعله الدارقطني بالوقف، ورواه ابن ماجه من حديث ثعلبة بن أبي مالك، ورواه عبد الرزاق في مصنفه عن أبي حازم القرظي عن أبيه عن جده.
مهزور بتقديم الزاي المضمومة على الراء وادي بالمدينة، ومذنب اسم موضع بها.

وقالَ رسُولُ اللَّهِ ﷺ للزُّبَيْرِ حِينَ خاصَمَهُ الأنْصَارِيُّ في شِراجِ[١] الحَرَّةِ الَّتِي يَسْقُونَ منْها: «اسْقِ يَا زُبَيْرُ، ثُمَّ أَرْسِلِ المَاءَ إِلَىٰ جَارِكَ، فَغَضِبَ الأَنْصَارِيُّ وقال: إنْ كَانَ ابْنَ عَمَّتِكَ، فَتَلَوَّنَ وَجْهُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، ثم قال: «يا زُبَيْرُ، اسْقِ وَاحْبِسِ الماءَ حتَّى يَرْجِعَ إِلَى الجُدُرِ ثُمَّ أَرْسِلْهُ»[٢] والشِّراج: جمع الشَّرْج، وهو النهرُ الصغير.

والحَرَّةُ: الأرْضُ التي أُلْبِسَتِ الحجارةَ السُّودَ، والجُدُر: الجدار، واختلفوا في تنزيل الخبر، قِيْلَ: إنَّ النَّبيَّ ﷺ أمَرَه بِاسْتيفاء زيادة على القدْر المستحَقِّ تغليظاً على الأنصارِيِّ، حيث اتَّهمَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ.

وَقِيْلَ، وهو الأصَحُّ: إنَّه كان قد اسْتنْزَلَه عنْ بَعْض حَقِّه، فلما أَسَاءَ الأنصاريُّ الأدبَ، قالَ لَهُ: اسْتَوْفِ حَقَّكَ، ومن قال بهذا، قال: إذا بلَغَ الماءُ الكَعْبَ بلَغَ أَصْلَ الجِدَارِ، فلا مخالفةَ بيْن التقديرَيْن، ووراء هذا المشهورِ أمْران:

أقربُهُمَا: الرُّجوعُ في قدر السَّقْي إلى العَادَة والحاجة، وقد ذكر أقضى القضاةِ المَاوَرْدِيُّ؛ أنَّه ليس [له] التقديرُ بالبُلُوغ إلى الكعبَيْن عَلَىٰ عموم الأزمان والبُلْدَان، لأنَّه مقدَّرٌ بالحاجة، والحاجةُ تختلِفُ باختلافِ الأرض، وباختلافِ ما فيها من زرعٍ وشجرٍ ووقتِ الزراعَةِ، ووقْتِ السَّقْي.

وأغربهما عن الداركيِّ وجْه أنَّ الأعلَىٰ لا يقدَّم على الأسْفَلَ، ولكنْ يَسْقُونَ بالحصَص، ويُحْكَىٰ هذا عن أبي حنيفةَ ـ رضي الله عنه ـ ولو كانت أرضُ الأعْلَىٰ بعضُها مرتفعاً وبعضُها منخفضاً، ولو سَقَيَا معاً، لزاد الماءُ في المنخفضةِ عَلَى الحدِّ المشروع أُفرِدَ كلُّ واحدٍ منهما بالسَّقْي بما هو طريقه[٣].

وإذا سَقَىٰ الأعْلَىٰ، ثم احتاجَ إِلَى السَّقْي مَرَّةً أُخْرَىٰ مُكِّنَ.

وَرَوَىٰ أبو عاصمِ العَبَّاديُّ وجْهاً: أنَّهُ لا يُمَكَّنُ؛ لأنَّهُ رُوِيَ في خبر عُبَادةَ ـ رضي

---

(١) قال الحافظ في التلخيص: الشراج بكسر المعجمة وتخفيف الراء وآخره جيم جمع شرجة بفتح الشين والراء وهي مسل الماء، واسم الأنصاري ثعلبة بن حاطب، وقيل: حميد، وقيل: حاطب بن أبي بلتعة، ولا يصح، لأنه ليس أنصارياً، وحكى ابن بشكوال عن شيخه أبي الحصن بن مغيث أنه ثابت بن قيس بن شماس.

(٢) رواه البخاري (٢٣٥٩، ٢٣٦٠، ٢٣٦١، ٢٣٦٢، ٢٧٠٨، ٤٥٨٥) ومسلم (٢٣٥٧).

(٣) والظاهر كما قال السبكي أنه لا يتعين البداءة بالأسفل، بل لو عكس جاز. ومرادهم أنه لا يزيد في المستفلة على الكعبين. وصرح في الاستقصاء بالتخيير بين الأمرين. قاله في مغني المحتاج قال النووي: طريقه أن يسقي المنخفض حتى يبلغ الكعبين، ثم يسدُّه، ثم يسقي المرتفع.

قال الشيخ ابن الرفعة: هو إذا لم يمكن سقي العالية أولاً حتى تبلغ الكعبين، ثم يسد عليها ويرسله للسافلة، فإن أمكن ذلك تعين.

الله عنه ـ: وتُرْسِلُ الماءَ حتى تَنْتَهِيَ الأراضي وإذا تنازعَ أثنان أرضاً هما متحاذِيتانِ، أو أراد شَقَّ النَّهرِ من موضِعَيْن متجاذِبَيْن يميناً ويساراً، فيُقْرَع أو يُقَسَّمُ الماءُ بيْنَهما، أو يقدِّمُ الإمامُ من يراه؟ حَكَىٰ العَبَّاديُّ فيه ثلاثةَ أوجهٍ[١].

ولو أراد إنسانٌ إِحياءَ مواتٍ وسَقْيَه من هذا النَّهْرِ، نُظِر؛ إن لم يَكُنْ فيه تضييقٌ، فلا منع وإن كان منع؛ لأن الأوَّلين بإحياءِ أراضِيهم أستحقُّوا مرافقها، وأنَّه مِنْ أعظمَ مَرَافِقِها. وعمارةِ حافَّاتِ هذه الأنهَارِ مِنْ وظائف بَيْتِ المالِ.

ويجوزُ لِمَنْ أراد أنْ يَبْنِيَ علَيْها قنطرةً، لعبور الناسِ، إنْ كان الموضعُ مواتاً، وأمَّا بين العُمْران، فهو كحفر البئر في الشَّارع، لمصلحةِ المسلمين، ويجوز بناء الرَّحَىٰ عليها إن كان الموضِعُ مِلْكاً له، أو مواتاً مَحضاً، وإنْ كان بيْنَ الأراضي المملوكة، فإن تَضرَّرَ المُلاَّك، لم يجز، وإلاَّ فوجهان:

أحدهُمَا: المَنْعُ؛ كالتصرُّف في سائر مرافق العمارات.

وأشبَهُهُمَا: الجوازُ كإشراع الجناحِ في السِّكَّة غير المسندة وهذا إذا لم تكُن الأنْهَارُ والسَّواقي مملوكةً، أمَّا إذا كانت مملوكةً، بأنْ حَفَرَ نهراً يدخلُ فيه الماءُ من الوَادِي العظيم، أو من النَّهرِ المنخرق منه، فالماء باقٍ علىٰ إباحته، لكنَّ مالِكَ النَّهر أحقُّ به؛ كالسيل يَدْخُلُ ملْكَه، فليس لأحدٍ مُزَاحَمَتُهُ؛ لِسَقْيِ الأرَضِينَ، وأمَّا الشُّرْبُ والاستعمالُ، وسَقْيُ الدوابِّ، فقد قال الشَّيْخُ أبو عاصم: ليْسَ له المنعُ، وتابَعَهُ صاحبُ «التَّتمة» ومِنْهُمْ من أطْلَقَ القولَ بأنَّه لا يدْلي فيه أحدٌ دلواً، ويجوزُ لغيْرِه أنْ يَحْفِرَ فوق نهره نهراً، إن لم يضيِّق عليه، وإن ضيَّقَ فلا.

وإنْ أشترَكَ جماعةٌ في الحَفْرِ اشتركُوا في المِلْكِ علىٰ قَدْر عمَلِهم، فإنْ شرطوا أنْ يكونَ النَّهْرُ بينَهم علَىٰ قدر ما يَمْلِكُون من الأراضي، فليكنْ عملُ كلِّ واحدٍ منهم على قدرِ ضيق أرضه، فإنْ زادَ واحدٌ متطوِّعاً، فلا شيْءَ له على الباقِينَ، وإن زادَ مكْرَهاً، أو شرَطُوا له عِوَضاً، رجع عليهم بأُجْرَةِ ما زاد، ولَيْسَ للأَعْلَىٰ حَبْسُ المَاءِ على الأسفل، بخلافِ ما إذا لم يكن الموضعُ مَمْلُوكاً، وإذا اقتسموا المَاءَ بالأيام والسَّاعَاتِ، جاز، ولكلِّ واحدٍ الرجوعُ، مَتَىٰ شاءَ، ولكنْ لو رجَعَ بعدما استوفَىٰ نوبته وقبل أن يستوفي الشريكُ، ضَمِنَ له أُجْرَةَ مثْل نصيبه منَ النهرِ للمُدة التي أَجْرَىٰ فيها المَاءَ، وإنِ اقْتَسَمُوا

---

(١) قال النووي أصحهما يقرع. انتهى.
إذ لا مزية لأحدهما على الآخر، وهذا كما قال الأذراعي إذا أحييا دفعة أو جهل أسبقهما ولا ينافي هذا من أنه يقدم الأعلى فيما إذا أحيوا معاً أو جهل الأسبق، لأنه إنما قدم لقربه من النهر، ولا مزية هنا مع أنه قيل بالإقراع.

الماءَ نفسه، فعلى ما سنذكره في القناة المشتركة - إن شاء الله عزَّ وجلّ - ولو أرادُوا قِسْمَةَ النهرِ، وكان عريضاً، جاز، ولا يجري فيه الإِجْبَار كما في الجداد الحائل، ولو أراد الشُّركاءُ الَّذين أراضيهم أسفلُ توسيعَ فَم النَّهر؛ لئلا يقصر الماء عنهم، لم يجز، إلا برضا الأولين؛ لأنَّ تصرُّفَ الشَّرِيكِ في المَلك المشتَرَكِ لا يجوزُ إلاَّ برضا الشَّرِيكَ، وأيضاً، فقد يتَضَرَّرُون بكَثْرة الماءِ، وكذا لا يجوزُ للأولين تضييقُ فم النَّهر إلاَّ برضا الآخرين، ولا لواحِدٍ منهم بناءُ قنطرةٍ، أو رحًى عليها، ولاَ غَرْس شجرَة علَىٰ حافَّته إلاَّ برضا الشركاء ولو أراد أحَدُهُمْ تقديمَ رأسِ السَّاقيةِ التي يَنْسَاقُ فيها الماءُ إلَىٰ أرضِه، أو تأخيرَه، فكذلك، بخلاف لو قدّم بابَ داره إلَىٰ رأس السِّكَّةِ المنسدة؛ لأنَّه يتَصرَّفُ هناك في الجِدارِ المملُوك، وههنا في الحافَّة المشترَكة، ولو كان لأحَدِهم ماء في أعلَىٰ النَّهْرِ فأجْرَاهُ في النَّهْرِ المُشْتَرِكِ برضا الشُّرَكَاءِ؛ ليأخُذَه من الأسْفَلِ، ويَسْقِيَ به أراضه، فلهُمُ الرجوعُ متَىٰ شاءُوا؛ لأنَّه عاريةٌ وتنقية هذا النهرِ، وعمارتُه يقومُ بها الشركاءُ بحَسَب الملك، وهل على كلِّ واحدٍ منهم عمارةُ الموضعِ الذي يَسْتَقِلُّ[1] عن أرْضه؟ فيه وجهان:

أحدُهما: وهو المذكورُ في «الشامِل»، وبه قال أبو حنيفةَ: لا، لأنَّ المنفعةَ فيه للباقِينَ.

والثاني: نعم، لشرِكتِهِم فيه، وانتفاعِهِمْ بإرسال الماءِ فيه، وهذا أصحُّ عند العَبَّادِيِّ.

وأمَّا لفظُ الكتابِ، فقولُه: «أمَّا المياهُ، فثلاثةٌ» قصد به أنَّ الماءَ إما محرز في الأواني، فهو مختصٌّ بالمحرزِ ملك له من أيِّ مَوْضِعِ أخذ، وإمَّا غيْر محرز، وينْقَسِمُ إلىٰ ما يحدثُ منْ مَوْضِعِ غير مَمْلُوكٍ؛ كالمياه المبَاحة العامَّة، وإلى ما يَحْدُث من موضع[2] مملوكٍ؛ كماءِ القنوات، فهي ثلاثةُ أقسام، وفي معْنَى الأواني الحوْضُ المَمْلُوكُ، إذا جُمِعَ فيه الماءُ. وأَعْلم بقولَه: «فهو مَلْك» بالواو للوَجْه المذكور في «النهاية»: وقولَهُ: «ويَصِحُّ بيعُه» - ضَرْبٌ من التأكيد.

وفي قولِهَ: «كسائر الأملاكِ» ما يفيده. وقوله: «إلَى الكَعْبِ» يجوزُ أنْ يُعْلَمَ بالواو؛ وللوجه الذاهب إلَىٰ أنَّهُ لا تقديرَ والمرعى الحاجة.

وكذا قولُهُ «لا يلزمهُ» للوجه المنقولِ عن الداركيِّ.

فُرُوعٌ:

(١) في ب: المتسفل.

(٢) في ب: مساء.

كُلُّ أرض أمْكَنَ سَقْيُهَا مِنْ هذا النَّهْرِ، إذا رأينا لها ساقية منه، أو لم نجدْ لها شرْباً من موضعٍ آخر، حكَمْنَا عند التَّنَازُع بأنَّ لها فيه شِرْباً. ولو تنازع شركاء النهر في قدْر أنصبائهم، فيجعل على قَدْر الأراضي؛ لأنَّ الظاهرَ أنَّ الشركةَ بِحَسَبِ المِلْك، أو بالسَّوِيَّة؛ لأنَّه في أيْدِيهِم؟ فيه وجهان، وبالأول قال الإِصْطَخْرِيُّ[1].

وإذا صادفنا نَهْراً يُسْقَىٰ منه أراض، ولم نَدْرَ أنه حفر أو انحرق؟ حُكِمَ بكَوْنه مَمْلوكاً؛ لأنَّهُمْ أصحابُ يدٍ وانتفاعٍ، فلا يُقدَّمُ بعْضُهمْ على بعض، ولو لم يَكُنْ مملوكاً، لَزِمَ التَّقَدُّم، والأكْثَرُ هذه المسائلِ مما يشْتَمِلُ عليه كتاب «المياه» للشَّيخ العَبَّادِيِّ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: الثَّالِثُ: مَا تَرَدَّدَ بَيْنَ العُمُومِ وَٱلاخْتِصَاصِ وَهُوَ مَاءُ البِئْرِ فَهُوَ مُخْتَصٌّ بِهِ، وَلاَ يَلْزَمُهُ بذله لِغَيْرِهِ (و) لِغَرَضِ الزَّرْعِ (و) إلاَّ بِعِوَضٍ، وَهَلْ يَلْزَمُهُ بَذْلُهُ لِلمَاشِيَةِ؟ إِنْ لَمْ يَكُنِ البِئْرُ مَمْلُوكاً لَهُ بَلْ كَانَ قَصْدُهُ مِنَ الحَفْرِ ٱلانْتِفَاعَ بِالمَاءِ وَجَبَ البَذْلُ لِلحَدِيثِ، وإِنْ كَانَ مَمْلُوكاً فَالظَّاهِرُ وُجُوبُهُ لِلحَدِيثِ، وَمِنْهُمْ مَنْ خَصَّصَ بِمَا لَمْ يُمْلَكْ مَنْبَعُهُ وَالْحَقَ هَذَا بِالمُحْرَزِ بالأَوَاني.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لمَّا فرَغَ من الكلام في القسْمَيْن الأوَّلَيْنِ، وهما العامُّ والخاصُّ، شرَع في الثالثِ المتردِّد بينهما، وهو مياهُ الآبارِ والقَنَوَاتِ، وهي من حيثُ إنَّها حاصلةٌ في المواضع المختصة بالإنسانِ تشبه الماءَ المُحرز في الآبار.

ومن حيْثُ إنَّها تبذل، وينبسط النَّاسُ فيها تشبه المياهَ العامَّة، وكذلك يجب بذلُهَا علَىٰ تفصيلٍ سنذكُرُه، هذا على موجِبِ تقسيمه المذكور في الكتاب.

وأمَّا على موجِبِ ما قدَّمناه، فنقول: القسْمُ الثاني: المياهُ المختصَّةُ ببعض الناسِ وهي مياهُ الآبارِ والقَنَواتِ، واْعلَم أولاً أنَّ حَفْرَ البئر يُصوَّر على أوْجُهٍ:

أحدُهَا: الحفْرُ في المنازِل للمارَّة.

والثاني: الحَفْرُ في المَوَاتِ علَىٰ قصْد ٱلارْتِفَاقِ دُون التَّمَلُّكِ لمن ينزل في الموات، فيحفر للشُّرْبِ، وسقي الدَّوَابِّ.

والثالث: الحَفْرُ على قصد التَّمَلُّكِ، والقوْل في أنَّ البِئْرَ مَتَى تُمْلَكُ سيأتي.

والرابع: الحَفْرُ الخالِي عنِ هذا المقصود.

إذا عَرَفْتَ ذلك فالبئر المحفورةُ للمارَّة، ماؤُها مشتركٌ بيْنَهُم، والحافر كأحَدِهِمْ ويجوزُ ٱلاستقاءُ منها للشُّرب، وسَقْيِ الزُّرُوع، فإنْ ضَاقَ عنهما، فالشُّرْبُ أوْلَىٰ.

(١) قال النووي: هو أصحها.

والْبِئْرُ المحفُورَةُ على قَصْدِ الارتفاقِ دونَ التَّمَلُّكِ فالحافر أَوْلَىٰ بمائِها إِلَىٰ أن يرْتَحِلَ، لكنْ ليس لهُ منعُ ما فَضَلَ عَنْهُ عن مَنْ يحتاجُ إِلَيْه للشُّرْب، إذا اسْتَسْقَى بِدَلْوِ نفسِه، ولا منْع مواشيه؛ لما رَوَىٰ أبو هُرَيْرَة ـ رضي الله عنه ـ أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «مَنْ مَنَعَ فَضْلَ المَاءِ؛ لِيَمْنَعَ بِهِ الْكَلأَ مَنَعَهُ اللَّهُ فَضْلَ رَحْمَتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»[١].

والمرادُ أنَّ الماشيَةَ إنَّما تَرْعَىٰ بِقُرْبِ الماءِ، فإذا منع من الماءِ، فقد منع من الكلأ، وجازَه لنَفْسِهِ، وله أن يَمْنَع غَيْرَهُ من سَقْيِ الزَّرْع به؛ لأنَّ الحيوانَ أعظَمُ حُرْمَةً، وللإمام فيه احتمالٌ مِنْ حيثُ إنَّه لم يَملِكْهُ، والاختصاصُ إنَّما يكون بقَدْر الحاجة، وبهذا أجاب في «التتمة» فحَصَلَ وجهان، ويُعْتَبَر في الفاضلِ الذي يَجِبُ بذْلُه أنْ يَفْضُلَ عن سقيه ومواشيه ومزارعه. قال الإمامُ: وفي المزارِع احتمالٌ على بُعْدٍ[٢]، وإذا ارْتَحَلَ المرتفِقُ، صارت البئرُ كالبئرِ المحفورةِ للمارَّة، فإن عاد، فهو كغيره[٣].

وأمَّا البئرُ المحفورةُ للتَملُّكِ، وفي المِلْك، فهل يكونُ ماؤهَا مِلْكاً؟ فيه وجهان:

أحدهُمَا: وبه قال أبو إسحاقَ: لاَ، لظاهر قولِه ﷺ: «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلاَثَةٍ: الْمَاءِ وَالنَّارِ والْكَلأَ»[٤].

وأيضاً، فإنَّ للمكتَرِي الدَّارَ أن يَنْتَفِع بماء بئرها، ولو كان مِلْكاً للمكْرِي، لَمَا جاز له التصرُّفُ فيه.

---

(١) رواه الشافعي (١٣٥١) عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة وهو متفق عليه رواه البخاري [٢٣٥٣، ٢٣٥٤ ٦٩٦٢] ومسلم (١٥٦٦) بلفظ: «لا يمنع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ» زاد ابن حبان في صحيحه فيهزل المال، وتجوع العيال، قال الحافظ في التلخيص: قال البيهقي: هذا هو الصحيح بهذا اللفظ، وكذا رواه الزعفراني عن الشافعي، قال الحافظ في التلخيص: وأما اللفظ المذكور أولاً فهو مما لم يقرأ على الشافعي، وحمله الربيع على الوهم، ولو قرىء على الشافعي لغيره إن شاء الله، ثم قال: وهذا اللفظ في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وروي من وجه آخر ضعيف عن أبي هريرة ومن مرسل الحسن، ويشبه أن يكون الشافعي ذكر بعض هذه الأسانيد فأدخل الكاتب حديثاً في حديث انتهى. وحديث عمرو بن شعيب رواه أحمد قال الحافظ في التلخيص: وفي إسناده ليث بن أبي سليم، ورواه الطبراني في الصغير من حديث الأعمش عن عمرو بن شعيب، وقال: لم يرو الأعمش عن عمر وغيره، ورواه في الكبير من حديث واثلة بلفظ آخر قال الحافظ في التلخيص: وإسناده ضعيف.

(٢) قال النووي: المراد: الفاضل الذي يجب بذله لماشية غيره. أما الواجب بذله لعطس آدمي محترم، فلا يشترط فيه أن يفضل عن المزارع والماشية.

(٣) قال الأذراعي: هذا إذا ارتحل معرضاً، أما لو كان لحاجة عازماً على العود فلا إلا أن تطول غيبته اهـ. وإعراضه عنها كارتحاله كما اقتضاه كلام الروياني.

(٤) تقدم.

وأظْهَرُهُمَا: وبه قال ابنُ أبي هُرَيْرَةَ: نعم؛ لِأَنَّهُ نماء ملكه، فأشْبَهَ الثَّمَرَةَ واللَّبَن، ويُحْكىٰ هذا عن نَصِّهِ في القديم، وحَرْمَلَةَ، ويجري الخلافُ فيما إذا تَفَجَّرَتْ عَيْنٌ في مِلْكِه، ثم على الوَجْه الأوَّل، إذاَ نبع الماءُ في مِلْكِهِ وخرج ملْكُه من أخذه.

وعلى الثاني: لاَ يَمْلِكُ، ولو دُخَلَ داخلُ مِلْكَهُ وأَخَذَه، ففي ملْكِهِ الوجْهَان، وسواءٌ قلْنا: يمْلِك أو لاَ يَمْلِكُ، فلا يجبُ علَىٰ مالك البِئْر بَذْلُ الفاضل عن حاجته لزَرْع غيره؛ خلافاً لأحْمَدَ في إحدى الروايتَيْن، وبه قال بعضُ أصحابنا فيما حكاه القاضي المَاوَرْدِيُّ. وفي البَذْلِ للماشيةِ وجهان:

أصحُّهما: الوُجُوبُ؛ لحديث أبي هُرَيْرَةَ.

والثاني: وبه قال أبو عُبَيدِ بْنُ حَرْبَوَيه لا يجب كما لا تجبُ إعارةُ الدلو والرِّشَا، وبذْلُ الماءِ المحرز في الإناء، والحديثُ محمولٌ علَىٰ ٱلاَستحباب، وهذا ما اختارَهُ الإِمَامُ، وحَكَاهُ عَنِ القاضي، ولكنَّ الجمهورَ عَلَى الأوَّلِ.

التفريعُ: شَرَطَ المَاوَرْدِيُّ لوجوب البَذْلِ شروطاً:

أَحَدُهَا: ألاَّ يجد صاحبُ المواشِي كَلأً مُبَاحاً.

والثاني: أنْ يكونَ هُنَاك كَلأٌ يُرْعَىٰ، وإلاَّ لَم يجِبْ، وفي «التتمة» ذكْرُ وجهين من هذه الشروط.

والثالث: أنْ يكونَ المَاءُ في مستَقَرِّه، فأمَّا المأخوذُ في الإنَاءِ، فلا يجب بَذْلُهُ، وإنْ فَضَلَ عنْ حاجتِه. وعن أبي الحُسَيْنِ بْن القطَّانِ أنَّ من الأصحاب من أوجبه، ثم عابرو السبيلِ يُبْذَلُ لهم ولمواشيهم، وفيمنْ أراد الإقامةَ في الموضِع وجْهان؛ لأنَّه لا ضَرُورةَ له إلَى الإقامةِ[1]، وحَكَىٰ القاضي ابن كَجّ وجهَيْن في أنَّه هل يَجِبُ البَذْلُ للرعاة، كما يجب للمواشِي؛ لأنَّها لا تستقلُّ بنفسها، والمنعُ منْهم يتضمَّن المنْعَ منْها، وهذا كالمستبْعَد؛ لأنَّ البَذْلَ لسُقَاة الناسِ، رعاةً كانوا أو غَيْرَهم أوْلَىٰ من البَذْلِ للمواشي، إلاَّ أن يُنْظَرَ إلى أنَّ مَنعَ المواشِي يَتَضَمَّنُ ٱلاَستئثار بالكَلأَ المُبَاح، أو بضيعتها، علَىٰ أنَّ الإمامَ نَقَلَ وجهَيْن في المَنْع من الشُّرْبِ على الإطلاق، إذا فرَّعْنَا علَىٰ أنَّ الماءَ مملوكٌ، وإذا أوجَبْنا البذلَ، فهل يجوزُ أنْ يأخُذَ عليه عِوَضاً؟ فيه وجهان:

أحدُهُما: نعم، كما يطعم المضْطَرُّ بالعوض.

---

(١) قال النووي: الأصح الوجوب كغيره. وإذا وجب البذل مكن الماشية من حضور البئر شرط ألا يكون على صاحب الماء ضرر في زرع ولا ماشية فإن لحقه ضرر بورودها، منعت، لكن يجوز للرعاة استقاء فضل الماء لها، قاله الماوردي.

وأصحُّهُمَا: لاَ؛ لما رُوِيَ عن جابرٍ ـ رضي الله عنه ـ أنَّ النَّبِيَّ ﷺ «نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ فَضْلِ الماءِ»(١).

وأَمَّا إذا حَفَرَ، ولم يَقْصِدِ التَّمْلَك ولا غَيْرَهُ، ففيه وجهان مَذْكُورَان في «النهاية»:

أظهرُهما: أنَّه لا اختصاصَ لماءِ البِئْرِ به، والنَّاسُ كُلُّهُمْ فيه سواءٌ.

والثَّاني: أنَّ القَدْرَ الَّذِي يحتاجُ إِلَيْهِ يختصُّ به، فيكون التوصُّلُ إلى الماء مُفِيداً لاختصاصٍ، وإنْ لم يَقْصِدْ كما أنَّ الإحياءَ قد يفيدُ المِلْكَ، وإن لم يَقْصِدْ.

وقولُهُ في الكتاب: «وهو ماءُ البِئْرِ، فهو مختصٌّ به» يشتمل ظاهِرُهُ البِئْرَ المحفورة لِلتَّمَلُّكِ، والمحفورة لِلارْتفاق، وهذا الظاهرُ معْمولٌ به، فإنَّ الاختصاصَ ثابتٌ في مَائِهَا، إلاَّ أنَّهُ قال: ولا يلزمه بَذْلُهُ لغَرَضِ الزَّرْعِ، إلاَّ بعوض، وإنَّما يجوزُ أَخْذُ العِوَضِ علَىٰ تقدير كون الماءِ مملوكاً، ثم لاَ بُدَّ ههنا من معرفة أمور:

أحدها: أنَّ قَوْلَهُ: «وَلاَ يَلْزَمُ بَذْلُهُ». وقولَهُ: «هَلْ يلزَمُه بذلُه» محمولاَن علَىٰ بذل الفاضِلِ عن حاجته، فأمَّا كلُّ الماءِ، فلا يلزم بَذْلُه بحال.

والثاني: أنَّ بيْعَهُ وأَخْذَ العِوَضِ عليه كَيْفَ يجوزُ؟ وسيأْتِي في الفصْل التالي لهذا الفصل إن شاء الله تعالى.

والثالث: إنَّ قَوْلَهُ: «إلاَّ بِعَوَضٍ» ليس باستثناءٍ متحقق، فإن البَذْلَ، بالعِوض غَيْرُ لازم أيضاً.

والرَّابع: أنَّ قَوْلَه: «لا يلزمُه بذْلُه» يجوزُ أنْ يُعْلَمَ بالواو؛ لما سبق من الخلاف فيما يُحْفَرُ لارْتفاق، وما يُحْفَرُ لِلْمِلْكِ جميعاً، وبالألف أيضاً؛ لما مَرَّ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **أَمَّا القَنَاةُ المُشْتَرَكَةُ فَالمِلْكُ فِيهَا بِحَسَبِ الاشْتِرَاكِ فِي العَمَلِ، وَلَهُمُ القِسْمَةُ بِنَصْبِ خَشَبَةٍ فِيهَا ثُقَبٌ مُتَسَاوِيَةٌ، وَتَصِحُّ المُهَايَأَةُ وَلاَ تَلْزَمُ عَلَى الأَظْهَرِ (و)**.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: حُكْمُ القَنَواتِ حُكْمُ الآبارِ في مِلْكِ مِيَاهِهَا، وفي لزومِ البذلِ وَغَيْرِهَما إلاَّ أنَّ حَفْرَها لمجرَّد الارْتفاق لاَ يكادُ يقع، ومهما اشتركَ المتملِّكون في الحفر اشتركُوا في المِلْك، بحَسَب اشتراكهم في العمل والارْتفاق كما ذكرنا في النَّهرِ

---

(١) رواه مسلم (١٥٦٥) من حديثه، وأصحاب السنن من حديث إياس بن عبد، وصححه الترمذي. وقال الحافظ في التلخيص: قال أبو الفتح القشيري: هو على شرطهما. وقال النووي: قال الماوردي: لو كان هناك ماء أن مملوكان لرجلين لزمهما البذل فإن اكتفت الماشية ببذل أحدهما، سقط الفرض عن الآخر، قال: وإذا لم توجد شروط وجوب البذل، جاز لمالكه أخذ ثمنه إذا باعه مقدّراً بكيل أو وزن، ولا يجوز بيعه مقدراً بريّ الماشية ولا الزرع.

المملوك. ثم لَهُمْ قِسْمةُ الْمَاءِ؛ بأَنْ يُنصب خشبةٌ مُسْتَوِيةُ الأعْلَىٰ والأسْفَلِ في عرض النهر، ويفتح فيها ثُقَبٌ متساوية، أو متفاوتةٌ علَىٰ قدر حقوقهم، ويجوز أن تكونَ الثُّقَبُ متساوِيةً مع تَفَاوُتِ الحقوق، إلاَّ أنَّ صاحِبَ الثُّلُثِ يَأخُذَ ثقبة، والآخر ثقبتين ويَسوقُ كُلُّ واحدٍ نصيبه في ساقيةٍ إِلَىٰ أرضِه، وله أنْ يديرَ رَحىً بما صارَ لَهُ، ولا يَشقُّ وَاحِدٌ منهم ساقيةً قبل المقسم، ولا ينصب عليه رحًى، وإن اقْتَسَمُوا بالمُهَايأةِ، جاز أيضاً، وقد يكونُ المَاءُ قليلاً لا يُنْتَفَعُ به إلاَّ كَذَلِك، ولكلِّ واحدٍ منهم الرُّجُوعُ كما قَدَّمنا في النَّهْرِ، هذا هو الظَّاهر ووراءه وجهان:

أَحَدُهُما: عن القاضي الحُسَيْن: أنَّ القِسْمَةَ بالمُهَايَأةِ لا تصِحُّ أَصْلاً؛ لأنَّ الماءَ يزيدُ ويَنْقُصُ، وفائدةُ السَّقِي تختلفُ باختلاف الأيَّام[1].

والثاني: أنَّها تَلْزمُ؛ ليثِقَ كلُّ واحدٍ منهم بالانتفاع.

فرع:

الَّذِينَ يسقُون أَرَاضِيهِمْ من الأَوْدِيَةِ المتاحة لو تواضَعُوا علَىٰ مُهَايأة، وجعَلُوا للأوَّلين أيَّاماً، وللآخَرِين أيَّاماً علَىٰ ما يعتاد في أودِيَة «قَزْوين» فهذا أيضاً من الأوَّلين بتقدُّم الآخرين، ومسامحة غيرُ لازمةٍ، ولها شَبَهٌ بأصول، منها: «هبةُ الضَّرَّة نوبتها من الضَّرَّة، والظاهر أنَّ مَنْ رجَعَ من الأوَّلين مُكِّن من سقْي أرْضِه.

ونختم البابَ والكلامَ في بَيْع الماء.

أمَّا المُحْرَزُ منه في الإناء، فَبَيْعُهُ صحيحٌ، وفيه الوَجْهُ الضَّعِيفُ الَّذي تقدَّم، وكذا لو أُحْرِزَ في حَوْضٍ، وليكنْ عُمْقُه معْلُوماً، ولا يجوزُ بَيْعُ مَاءِ البِئْرِ والقناةِ فيهما، أمَّا إذا جَعَلْنَاهُ مملوكاً، فَلِكَوْنه مجْهُولاً، وأيضاً، فإنَّه يزيدُ شَيْئاً فشَيْئاً، ويختلِطُ المبيعُ بغَيْر المبيع، فلا يمكنُ التَّسْليم، وأمَّا إذَا لم يجْعَلْهُ مملوكاً، فللمعاني الثلاثة ولو باع منه آصعاً، فإن كان جارياً كماء القَنَاةِ، لم يجز إذ لا يمكن ضبط[2] العقْد بمقدار معلوم؛ لعَدَم وقوفه، وإنْ لم يكنْ جَارِياً كماء البئر، فكذلك المبيع إن قلنا: إنَّه، غيرُ مَمْلُوكٍ، وإن جعلْناه مملوكاً، فعن القَفَّال: أنَّه لا يجوزُ أيْضاً؛ لأنَّه يزيدُ فيختلطُ المَبِيعُ بغير المَبِيع[3].

قال صاحبُ «التَّهْذِيب»: والأَصَحُّ الجَوَازُ، كما لو بَاعَ صَاعاً من صُبْرَةٍ، واعتذر

---

(١) قال النووي: لو أراد أحدهم أن يأخذ نصيبه من الماء ويسقي به أرضاً ليس لها رسم شرب من هذا النهر، منع منه لأنه يجعل شرباً لم يكن.

(٢) في ب: ربط وكذا عبارة الروضة.

(٣) سقط في: ب.

بأنّ تلْكَ الزيادة قليلةٌ، فصار كبَيْعِ الْقَتِّ في الأرْض بشَرْط القَطْع، ولك أنْ تَمْنَعَ ذلك. وتقولَ: كيْفَ يُشَبّه زيادةُ العَيْنِ الفَوارة بالزُّرُوع، بل بماء الزَّرْع علىٰ تدرُّجه، ثم لك أنْ تستبعد ٱلاَحتجاجَ والاعتِذَارَ معاً؛ لأنَّ المبيع ليس جُمْلةَ الماء، حتى يُقَالَ: إذا زَادَ ٱخْتَلَطَ المبيعُ بغيرِ المَبِيعِ، وتعذّر التسليم، وإنَّما المَبِيعُ [آصع منه، وبالزيَادةِ لا يتعذَّر تَسْلِيمُ الآصع، وهذا كمَا لو باع][1] صاعاً من صبرة، وصبَّ عليها صبرة أُخرَىٰ، فإنَّ البَيْعَ بحاله، علَىٰ قولنا: إنَّ المبيعَ صاعٌ مِنَ الجُمْلَةِ، ويبْقَى البَيْعُ ما بَقِيَ صاع.

والأوْجَهُ أنْ يبني قول القَفَّالِ علَىٰ مذْهَبه في أنَّ بَيْعَ صاعٍ من صُبْرَةٍ مجهولةِ الصِّيعَان لا يجوزُ، ولو باع الماءَ مع قراره، نُظِرَ؛ إن كان جارياً، فقالَ: بِعْتُكَ ماءَ[2] القناةِ، مع مائها أو لم يكُنْ جارياً، وقلْنا: إنَّ المَاءَ لا يُمْلَكُ، لم يجز البيعُ في المَاءِ، وفي القرار قولا تفريق الصَّفْقَة، وإنْ قلنا: أنَّهُ يَملك، جاز.

ولو باع بئْرَ المَاءِ، وأطْلَق، أو باعَ دَاراً فيها بئْرُ مَاءٍ، جاز، ثمَّ إنْ قُلْنَا: إنَّه يُمْلَك، فالموجودُ وَقْتَ البَيْعِ، يبْقَىٰ للبائع، وما يَحْدُثُ يكون للمشتَرِي.

قال في «التهذيب»: وعلَىٰ هذا لا يَصِحُ البَيْعُ حتّى يشترط أنَّ المَاءَ الظَّاهرَ للمشتَرِي، وإلاَّ فيختلِطُ الماءان، وينفسخُ البَيْعُ، وإن قلْنا: إنَّهُ لا يُمْلَكُ، فقد أطلقوا قَوْلَهُمْ بأنَّ المشتريَ أحقُّ بذلك الماءِ وليحمل على ما نبع بعْد البيع، فأمَّا ما نبعَ قبله، فلاَ معْنَى لِصَرْفِهِ إلَىٰ المشتَرِي[3]، ولو باعَ جُزْءاً شائعاً مِنَ البئر أو القناة، جاز، وما يَنْبع، فمشتَرَكٌ بيْنَهما إمَّا ٱختصاصاً مجرَّداً أو مِلْكاً.

قَالَ الغَزَالِيُّ: فَإِنْ قِيلَ: وَمَا طَرِيقُ إِحْيَاءِ المَوَاتِ؟ قُلْنَا: إِنْ قَصَدَ المَسْكِنَ فَلاَ يُمْلَكُ إِلاَّ بِالتَّحْوِيطِ وَتَعْلِيقِ البَابِ (و) وَتَسْقِيفِ (و) البَعْضِ إِذْ بِهِ يَصِيرُ مَسْكِناً، وَلاَ يُحْتَاجُ فِي الزَّرِيبَةِ إِلَى التَّسْقِيفِ، وَفِي البُسْتَانِ يُحْتَاجُ مَعَ التَّحْوِيطِ وَتَعْلِيقِ البَابِ (و) إِلَى حَفْرِ الأَنْهَارِ وَسَوْقِ المَاءِ إِلَيْهِ (و)، وَفِي المَزْرَعَةِ إِلَىٰ جَمْعِ (و) التُّرَابِ حَوَالَيْهِ وَتَسْوِيَةِ الأَرْضِ وَسَوْقِ المَاءِ إِلَيْهَا، وَالأَظْهَرُ أَنَّهُ يُحْتَاجُ إِلَىٰ الزَّرْعِ، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ: أَنَّهُ لاَ يُحْتَاجُ إِلَيْهِ كَمَا لا يُحْتَاجُ إِلَى السُّكُونِ فِي الدَّارِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصودُ الفَصْلِ الكلامُ في أن إحياءَ المَوَاتِ ماذا؟ وكان ذكرُهُ في مسائِلِ «الإحْيَاء» أوْلَىٰ، لكن كأنَّهُ غفل عنه هناك، ولم يكن إلَىٰ إهْماله سبيلٌ، فٱستدركه

---

(١) سقط في: ب.

(٢) في د: هذه.

(٣) قال النووي: هذا التأويل الذي قاله الإمام الرافعي فاسد، فقد صرح الأصحاب بأن المشتري على هذا الوجه أحق بالماء الظاهر، لثبوت يده على الدار، وتكون يده كيد البائع في ثبوت الاختصاص به.

في آخِرِ الكتاب. قال الأَصْحَابُ: أَصْلُ الفَصْلِ أَنَّ الإحياءَ في الشَّرْعِ ورَد مطْلَقاً، فيترك على ما يُعَدُّ إحياءً في العُرْف كالقبوض والاحراز، ويختلفُ ذلك بٱختلافِ ما يقصد من عمارة المَوَات. وتفصيله بصُوَرٍ:

إِحْدَاهَا: إذا أراد المَسكن، ٱعْتُبِرَ في المِلْك ثلاثة أُمورٍ:

أحدُها: التَّحْوِيطُ، إمَّا بالآجر أو اللَّبن، أو بمحض الطِّين، أو ألواحِ الخَشَب، أوِ القصبِ، بحسب العادة[١].

والثاني: تسقيفُ البَعْض ليُهَيَّأَ للسُّكْنىٰ، ولأنَّ اسْمَ الدارِ، حينئذ، يقعُ عليه، وعن صاحبِ «التقريب» وجهٌ: أنَّه لا حَاجَة إلى التَّسْقِيفِ.

والثالثُ: تغليقُ البَاب؛ لأنَّ العادَة في المنازل أنْ يَكُونَ لها أبوابٌ، وما لا بَابَ لهُ لا يُتَّخَذُ مَسْكناً، وفي «الشامل» وَجْهٌ آخَرُ: أنَّه لا يُعْتَبَرُ، لأنَّ نَصْبَ البابِ للحفْظِ، والسكْنَىٰ ولا تَتوقَّفُ عليه.

الثانية: إذا أراد زَرِيبَةً للدَّوابِّ أو حظيرةً يجفِّف فيها الثمار، أو يَجْمَعُ فيها الحطب أو الحشيش، ٱعْتُبِر التحويطُ، ولا يَكْفِي نَصْبُ سعف وأحجار من غير بناء، لأنَّ المتملِّكَ لا يقتصر عَلَيْه في العَادة، وإنَّما يفعل مثْله المجتاز المرتفق، ولو حَوَّط بالبناء في طرف، واقتصر للباقي علَىٰ نصب الأحجار والسَّعَف، حَكَىٰ الإمامُ عن القاضي أنَّهُ يَكْفِي، وعنْ شيخه المَنع، ولا يُشْتَرطُ التَّسْقِيفُ ههنا، وفي تغليق الباب ما سِبقَ من الخلاف.

الثالثة: إذا أراد أنْ يَتَّخِذَ مواتاً مزرَعَةً فيعتبر في إحيائه أمُورٌ:

أحدهُا: جَمْعُ التُّرابِ حَوَالَيْه؛ لَيَنْفَصِلَ المُحْيَا عن غيره، وفي معْناه نصب شوك ولا حاجةَ إلى التَّحْوِيط، فإنَّه معظمَ المزارعِ بارِزَةٌ.

الثاني: تسويةُ الأرْض بِطَمِّ المنخفض، وكسْح المستعْلي، وحِرَاثَتُها، وتلْيين ترابها فإنْ لم يتيسّر ذلك إلا بماءٍ يُسَاقُ إلَيْها، فلا بد منه لتَتهيَّأ الأرضُ للزراعة.

والثالث: ترتيبُ ماءٍ لها، إما بِشقِّ ساقيةٍ من نهرٍ، أو حفْرِ بئراً وقناةٍ وسَقْيها، هكذا أطْلَقَ مطْلِقُون.

والأشْبَهُ تفصيلٌ ذكَرَه القاضِي ابن كجٍّ؛ تلخيصه أنَّ البقعةَ، إن كانتْ بحيث يَكْفِي لزراعَتِها ماءُ السماء، فلا حاجةَ إلَىٰ سَقْيٍ، ولا ترتيب ماءٍ وحكَىٰ عن أبي علي الطبري

---

(١) قضيته الاكتفاء بالتحويط بذلك من غير بناء، ونص في الأم على اشتراط البناء وهو المعتمد كما في التنبيه وغيره.

وجْهاً أنَّه لا بدَ له منه وضعَّفه، وإن كانتْ تحتاج إلَىٰ ماءٍ يُسَاق إلَيْها، لزم تهيئته من عين أو نهرٍ أو غيرهما، فإذا هَيَّأَهُ، نُظِرَ، إن حفر لَهُ الطريقَ، ولم يبْقَ إلاَّ إجراءُ الماءِ فيه، كَفَىٰ، ولم يشترط الإجراء، ولا سَقْي، الأرْضِ، وإن لم يَحْفرْ بعْدُ فوجهان، وفي كلام الإمام أيضاً ما يدلُّ علَىٰ أنَّ السَّقْيَ نفْسَه غيرُ مُحْتَاجٍ إلَيْه، وإنَّما الحاجةُ إلىٰ ترتيْبِ ماءٍ يمكن السَّقْيُ منْه.

وأراضي الجبالِ الَّتي لا يمكن سوْقُ الماءِ إلَيْها، ولا يصيبُها إلاَّ ماءُ السَّمَاءِ، مالَ صاحبُ «التقريب» إلى أنَّهُ لا مدخَل للإحياء فيها، وبه قال القَفَّالُ وبنى عليه أنَّا إذا وجدنا شيئاً من تلْك الأراضي في يد إنسانٍ لم يُحْكَمْ بأنه مِلْكه، ولا يجوزُ بيْعهُ وإجارَتُه، ومِنَ الأصحاب مَنْ قال: إنَّها تُمْلَكُ بالحراثة وجمعِ التراب على الأطرافِ، وكَمْ من مزرعةٍ تَسْتَغْنِي بالمَطَر عن سَوْق الماءِ إليها، وهذا ما اختاره القاضي الحسين.

واعْلَمْ أنَّ هذا الخلاف والخلاف أنَّه يجوزُ إجَارةُ الأراضِي الَّتي لَيْسَ لها ماءٌ معلومٌ للزراعةِ قريبان مُسْتَمَدَّانِ من مأخَذٍ واحدٍ.

فإن قلْتَ: الخلاف في جواز الإجارةِ يَدُلُّ على أنَّ الأرْضَ مملوكةٌ، فكَيْف ينتظمُ استمدادُهَا من أصْلٍ واحدٍ؟ فالجواب: أنَّ الخلافَ في جوازِ الإجَارة في الأراضي المملوكةِ الَّتي سِيقَ الماءُ إليها عند الإحياء، ومُلِكَتْ، ثم انقطع الماءُ بانْكباسِ القَنَاة، وانهيارِ البئْرِ، لا في الأراضي التي لا يَنْسَاق الماءُ إليها بحال، وحينئذٍ ينتظم ما ذكَرْناه، وهل تشترط الزراعةُ لِحُصُولِ المِلْكِ في المزْرَعَة؟ فيه وجهان:

أَحَدُهُمَا: نعَمْ؛ لأنَّ الدَّارَ والزريبة لا تصيرُ مُحْياةً إلاَّ إذا حَصَلَ فيها عينُ مالِ المُحْيِي، وكذا المزرعة.

والثاني: لا، لأنَّ الزراعةَ استيفاءُ منفعةِ الأرض، واسْتيفاءُ المنفعة خارجٌ عن حدِّ الإحياء؛ ألا تَرَىٰ أنَّهُ لا يُعْتَبَر في إحْياء الدَّار أنْ يَسْكُنَها.

ويُنْسَبُ الأول إلَىٰ ظاهر النَّصِّ، لكنَّ الثاني أَوْضَحُ، والأكثرون مائلُون إلَيْه حتى أنَّ القاضِيَ المَاوَرْدِيَّ غَلَّطَ من قال بغيره.

الرابعة: إذا قَصَدَ بُسْتَاناً أو كَرْماً، فلا بُدَّ من التَّحْويط، وكم يُحَوَّط؟ ردَّ القاضي ابن كج الأمْرَ فيه إلى العادة، وقال: إنْ كانت عادةُ البَلَد بناءَ لزم جدار البناءُ، وإن كانتْ عادتُهُمُ الحفر بالقَصَب والشَّوْك، وربَّما تركوه أيضاً كما بـ«البَصْرَة» و«قَزْوين» اعتبرت عادتهم، وحينئذ يكْفي جَمْعُ التراب حوالَيْه؛ كالمزرعة، والقولُ في سَوْق التراب والماءِ إلَيْه على ما ذكرنا في المزْرَعَة، وهلْ يُعْتَبَرُ غرسُ الأشجار؟ أمَّا من اعْتبر الزَّرْعَ في المزْرَعة، اعتبر الغرس في البستان بطريق الأولَىٰ.

وأمَّا الذين لم يَعْتَبِروا الزَّرْع، فإنهم اختلفوا في الغَرْسِ عَلىٰ وجْهَيْن، ومعظمُهُمْ اعتبروُهُ، والفَرْقُ من ثلاثة أوجه:

أحدُهَا: أنَّ ٱسْمَ المزرَعَةَ يقع على البُقْعة قبْل الزّراعة، واسم البستان لا يقع قبل الغرس.

والثاني: أنَّ الزَّرْع يَسْبِقُه [حَرْثُ الأرْضِ وتقليبُها][1]، مجازَ أن يُقَامَ مقامَه، والغرس لا يَسْبِقُه شَيْءٌ يُقَامُ مقامَه.

والثالث: أنَّ الغَرْسَ يدومُ، فألحق بأبنية الدارِ والزَّرْعَ بخلافه.

هذا شرح مسائل الكتاب، ويجوز أن يُعْلَمَ قولُه: «وتَعْلِيقِ البَابِ وَتَسْقِيفِ البَعْضِ» بالواو؛ لما سبق.

وقوله: «في البُسْتَانِ يُحْتَاجُ مَعَ التَّحْوِيطِ، وَتَعْلِيقِ البَابِ إِلَىٰ حَفْرِ الأَنْهَارِ» أراد حَفْرَ النهر إلى الماء الذي يسوقه إلَيْه من عينٍ أو نهر.

وفيما قدَّمنا يعرِّفُك أنَّهُ يجوزُ إعْلاَمُ قوله: «تَعْلِيقِ البَابَ إِلَىٰ حَفْرِ الأَنْهَارِ، وَسَوْقِ المَاءِ إِلَيْهِ»، بالواو، ويجوزُ أيضاً أنْ يُعْلَمَ قولُه: «إِلَىٰ جَمْعِ التُّرَابِ حَوَالَيْهِ فِي المَزْرَعَةِ» بالواو؛ لأنَّ الشَّيْخ أبا حامدٍ قال في التَّعْليق «وعنْدي إذا صارَتِ الأرضُ مزروعةً بماءٍ سبَقَ إلَيْها، فقد تَمَّ الإحياءُ، وإن لم يَجْمَعِ التراب حوالَيْها، فٱعْلَمْ أنَّ طُرُقَ الأَصْحَاب مُتَّفِقةٌ على أنَّ الإحْياء يختلفُ بٱختلافِ ما يقْصِدُه المحْيي من مسْكَنٍ، أو حظيرة وغيرهما. وبحث الإمام فيه عن سَبَبَيْن لا بُدَّ منهما:

أحدهُمَا: أنَّ القصْدَ إلى الإحْيَاء، هلْ، يعتبر؛ لحُصُول الملك فيه؟

وأجاب بأنَّ ما لا يفعله في العادة إلاَّ المتملِّك؛ كبناء الدُّور، وٱتِّخاذ البستان يُفيد الملك، فإن لم يوجَدْ منه قَصْد، وما يفعله المتملِّك وغيرُ المتملِّك؛ كحفر البئر في المَوَات، وكزراعة قطْعةٍ من المواتِ؛ ٱعتماداً على ماءِ السماء، فإذا انضمَّ إلَيْه القصدُ، أفَادَ المِلْكَ، وإلاَّ، فوجهان، وما لاَ يَكْتَفِي به المتملِّكُ كتسوية موْضِع النزول، وتنقيته عَنِ الحجارة، لا يفيدُ التملُّكَ، وإن قصَدَه، وشبّه ذلك بٱلاَصطياد، بنصب الأُحْبُولة في مدارج الصُّيود يفيد المِلْكَ في الصيد، وإغلاقُ الباب إذا دَخَلَ الصَّيْدُ الدارَ على قصْدِ التَمَلُّكِ يفيد المِلْكَ، ودونَهُ وجهان، وتوحل الصيد في أرضه التي سقَاهَا لا يَقْتَضِي المِلْكَ، وإن قَصَده.

والثاني: أنّه إذا قَصَدَ نَوْعاً، وأتى بما يُمْلَكُ به نوعٌ آخرُ، ما الحكم؟ فأجاب بأنّه

---

(١) في ب: تقليب الأرض وحرثها.

يفيدُ المِلْكَ، حتى إذا حَوَّط البقعة، يَمْلِكُها، وإن قَصَدَ المَسْكَنَ؛ لأنَّهُ مما يملك به الزَّرِيبَةَ، لو قصَدَها، والجواب عن البحث الأوَّل فمقبولٌ، لا يلزمُ منه مخالفةُ الأصحابِ، بل إنْ قَصَدَ شَيْئاً، اعتبرنا في كلِّ مقصود ما فَصَّلوه، وإلاَّ، نَظَرْنا فيما أتى به، وحَكَمنا فيه بما ذكره، وأمَّا الجوابُ عن الثَّاني، فمخالفةٌ صريحةٌ لما قالُوهُ؛ لما فيه من الاكتفاء بأدنَى العمارات أبداً.

فإذا حفر بئراً في المَوَاتِ؛ للتملُّك، لم يَحْصُل الإحياءُ ما لم يَصلْ إلى الماء، وإذا وصَلَ، كَفَىٰ إن كانت الأرضُ صُلْبَةً، وإلاَّ، وجب أن يُطْوَىٰ، وفي «النهاية»: أنَّه لا حاجةَ إلَيْه، وفي حفر القناة يَتِمُّ الإحْيَاءُ بخُروجِ الماءِ وجريانه وإذا حَفَرَ نَهْراً ليَجْرِيَ الماءُ فيه عَلَىٰ قَصْد التَّمَلُّكِ، فإذا انتهَتْ فُوَّهة النهر الذي يَحْفره إلى النَّهْرِ القديمِ، وجرَىٰ فيه الماءُ، ملَكَه وكذا ذكره صاحبُ «التَّهذيب» وغَيْرُهُ.

وفي «التتمة» أنَّ المِلْكَ لا يتوقَّف علىٰ إجراء الماءِ فيه؛ لأنَّه استيفاءُ منفعة؛ فالسكون في الدار[1].

فَرْعٌ:

سَقَىٰ أرْضَه بماءِ غَيْرِه المملوكِ لَهُ فالغلة لصاحبِ البَذْر، وعليه قيمةُ الماء.

قال الحناطيّ: لو استَحَلَّ من صاحبِ المَاءِ، كان الطَّعَامُ أطْيَبَ[2].

---

(١) قال النووي: هذا الثاني أقوى.

(٢) قال النووي: ومما يتعلق بالكتاب، ما ذكره صاحب «العدة»: أنه لو أحزم ناراً في حطب مباح بالصحراء، لم يكن له منع من ينتفع بتلك النار، فلو جمع الحطب، ملكه، فإذا أضرم فيه النار، فله منع غيره منها.

كِتَابُ الوَقْفِ، وفَيهِ بَابَانِ

البَابُ الأَوَّلُ فِي أَرْكَانِهِ وَمُصَحِّحَاتِهِ

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: الأَوَّلُ المَوْقُوفُ وَهُوَ كُلُّ مَمْلُوكٍ مُتَعَيِّنٍ يَحْصُلُ مِنْهُ فَائِدَةٌ أَوْ مَنْفَعَةٌ لاَ يَفُوتُ العَيْنُ بِٱسْتِيفَائِهَا، فَيَجُوزُ وَقْفُ العِقَارِ وَالمَنْقُولِ (ح م) وَالشَّائِعِ وَالمُفْرَزِ، وَيَجُوزُ وَقْفُ الأَشْجَارِ لِثِمَارِهَا، وَالحَيَوانِ (ح) لِأَلْبَانِهَا وَأَصْوَافِهَا، وَالأَرَاضِيَ لِمَنَافِعِهَا، وَلاَ يَجُوزُ وَقْفُ الحُرِّ نَفْسَهُ، وَلاَ وَقْفُ الدَّارِ المُسْتَأْجَرَةِ، وَلاَ يَجُوزُ وَقْفُ المُوصَىٰ بِخِدْمَتِهِ؛ لأَنَّهُ لاَ مِلْكَ فِي الرَّقَبَةِ، وَفِي وَقْفِ المُسْتَوْلَدَةِ وَالكَلْبِ (و) خِلاَفٌ، سَبَبهُ التَّرَدُّدُ فِي أَنَّ الوَقْفَ هَلْ يُزِيلُ مِلْكَ الرَّقَبَةِ؟ وَيَجُوزُ وَقْفُ الحُلِيِّ لِلُّبْسِ، وَوَقْفُ الدَّرَاهِمِ لِلتَّزْيِينِ فِيهِ تَرَدُّدٌ كَمَا فِي الإِجَارَةِ، وَلاَ يَجُوزُ وَقْفُ الطَّعَامِ فَإِنَّ مَنْفَعَته فِي ٱسْتِهْلاَكِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَسَّم الشَّافِعَيُّ ـ رضي الله عنه ـ العَطَايَا، فقال: تبرُّع الإنسان على الغَيْر بمالِهِ ينقسم إِلَىٰ منَجَّزٍ في الحياة، وإلَىٰ معلَّقٍ بالمَوْت.

والثاني: هو الوصيَّةُ، والأوَّل: ضَرْبَانِ:

أحدُهما: تمليكٌ محضٌ؛ كالهباتِ والصَّدَقَات.

والثاني: الوقْفُ[1] ـ وهو مقصود الباب ـ ويُسَمَّىٰ وقْفاً؛ لما فيه من وَقْف، المال

---

(١) فهو لغة: الحبس، مصدر وقفت أقف: حبست.
قال عنترة:

وَوَقَـفْـتُ فِـيْـهَـا نَـاقَـتِـي فَـكَـأَنَّـهَـا ... فـدق لأقـضـي حـاجـة الـمـتـلـوم

فمن الموقف، لأن الناس يوقفون أي: يحبسون للحساب، وهو أحد ما جاء على «فعلة مفعل»، يأتي لازماً ومتعدياً، ويجتمعان في قول القائل: وقفت زيداً، أو الحمار فوقف، وأما أوقفة بالهمز، فلغة رديئة.

وقال أبو الفتح بن جني: أخبرني أبو علي الفارسي عن أبي بكر عن أبي العباس عن أبي عثمان المازني قال: يقال: وقفت داري وأرضي، ولا يعرف «أوقفت» في كلام العرب.

وقال الجوهري: وليس في الكلام أوقفت إلا حرفاً واحداً، «أوقفت على الأمر الذي كنت=

على الجهة المعيَّنة، وقطْعِ سائر الجهات والتصرُّفات عنه.

والأصْلُ فيه ما رُوِيَ أن عُمَرَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عنه ـ مَلَكَ مائَةَ سَهْمٍ من خيبر اشتراها،

= عليه»، ثم اشتهر المصدر أي: الوقف في الموقوف، فقيل: هذه الدار وقف، أي: موقوف، كنسج اليمن بمعنى منسوج اليمن؛ ولذا جمع على أفعال فقيل: «وقف وأوقاف» كوقت وأوقات.

واصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه: حبس العين على حكم ملك الله تعالى والتصدق بالمنفعة.

عرفه الشافعية بأنه: حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود.

عرفه المالكية بأنه: جعل منفعة مملوك ولو بأجره أو غلته لمستحقه بصيغة مدة ما يراه المحبس.

عرفه الحنابلة بأنه: تحبيس مالك مطلق التصرف ماله المنتفع به مع بقاء عينه بقطع تصرف الواقف وغيره في رقبته يصرف ريعه إلى جهة بر، ولسبيل المنفعة تقرباً إلى الله تعالى.

انظر: الهداية: ٣/ ١٣، مجمع الأنهر: ١/ ٧٣١، مغني المحتاج: ٢/ ٣٧٦ الشرح الصغير: ٥/ ٣٧٣، كشاف القناع: ٤/ ٢٤٠، الإقناع: ٢/ ٨١، نهاية المحتاج ٥/ ٣٥٨.

وحكمة مشرعيته أن الله جلّت قدرته، وعلت حكمته، وعمّت رحمته قد أراد النفع لعباده، وأحسن إليهم ببيان سبل الخيرات، سواء أكان النفع في دنياهم أم في آخرتهم، فشرع لهم الوقف بنوعية حفظاً لأموالهم التي جعل الله لهم قياماً، من أن تعبث بها يد السفهاء، فتتوى عزتهم، وتنصرم سعادتهم، وإدامة لعملهم الصالح في الحياة الدنيا وبعد انتقالهم منها، ليصل ثوابه إليهم. دائماً، فضلاً منه وكرماً. يشير إلى ذلك قول الصادق المصدوق ﷺ (إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، وعلم ينتفع به، وولد صالح يدعو له)، ولذا ذكر الكمال بن الهمام محاسنه بقوله: ومحاسن الوقف ظاهرة، وهي الانتفاع الدّارُ الباقي على طبقات المحبوبين من الذرية والمحتاجين، من الأحياء والموتى، لما فيه من إدامة العمل الصالح، كما في الحديث المعروف: (إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية...) الحديث.

ويستأنس بما قاله الإمام الفاضل مولانا الشيخ أحمد المعروف بشاه ولي الله المحدث الدهلوي في كتاب «حجة الله البالغة» ٢٠/ ٨٧. ومن التبرعات الوقف، وكان أهل الجاهلية لا يعرفونه فاستنبط النبي ﷺ لمصالح لا توجد في سائر الصدقات، فإن الإنسان ربما يصرف في سبيل الله مالاً كثيراً ثم يفنى، فيحتاج أولئك الفقراء تارة أخرى، ويجيء أقوام من الفقراء فيبقون محرومين؛ فلا أحسن، ولا أنفع للعامة، من أن يكون شيء حبساً للفقراء، وأبناء السبيل، تصرف عليهم منافعه، ويبقى أصله على ملك الواقف. وهو قول ﷺ لعمر رضي الله عنه: (إن شئت حبست أصلها) وساق الحديث: اهـ وأما سببه:

فهو إرادة محبوب النفس في الدنيا يبر الأحباب، وفي الآخرة بالثواب، إذا كان بالنية من أهلها، وهو المسلم العاقل، وذلك لأن الوقف قد يكون مباحاً؛ والمراد أن لم يوضع للتعبد به كالصلاة والصيام، والزكاة، والحج، ولذا صح من الكافر بشرطه.

فلَمَّا ٱستَجْمَعَها، قال: يا رَسُولَ اللَّهِ ـ أصبْتُ مالاً لم أُصِبْ مثلَه قطُّ. وقد أردتُ أن أتقرَّب به إلى اللَّه ـ تَعالىٰ ـ فقال النبيُّ ﷺ: «حَبِّسْ الأَصْلَ وَسَبِّلِ الثَّمَرَةَ».

ويُرْوى: «فجعلها عمر ـ رضي الله عنه ـ صدَقَةً لاَ تُبَاعُ، ولا تُورَثُ، ولا تُوهَبُ»(١) وعن رسول الله ﷺ أنه قال: «إِذَا مَاتَ ٱبْنُ دَمَ، ٱنْقطَعَ عَمَلُهُ إِلاَّ مِنْ ثَلاثٍ: وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو له أو عِلْمٍ يَنْتَفِعُ بِهِ أو صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ»(٢).

وحمل العلماءُ الصَّدقةَ الجَارِيَة على الوقْفُ، واشتهر ٱتِّفَاقُ الصحابة على الوَقْفِ قَوْلاً وفِعْلاً. ويُرْوَىٰ عن أبي حنيفةَ إنكارُ الوَقْف(٣)، غَيْرَ أنَّ الأكثرين ٱسْتَنْكَرُوه، وردُّوا قوله إِلى أَنَّ الوقف بمجرَّده لا يلزم علىٰ ما سنحكيه من بعدُ إن شاء الله ثم إن صاحب الكتاب ـ رحمه الله تعالىٰ ـ أودع على عَادِتِه مَسَائِلَ الوَقْفِ في بَابَيْنِ:

أحدهما: في بيانِ ما يُعْتَبَرُ لصحَّته.

والثاني: في أحكامِهِ، إذا صحَّ.

وما يعتبر في الصِّحَّة ينقسِمُ في ٱلاْصطلاح المشهُورِ إلى أَركانٍ وشرائطَ.

والبابُ الأوَّلُ مشتملٌ على الضَّرْبَيْنِ، فقوله: «في أَرْكَانِهِ ومُصَحِّحَاتِهِ» كأنه عَنَىٰ بالمصحِّحات الشُرُوطَ، وهو ٱصطلاحُ أهْلِ الأَصُول، ثم أركانُ الوَقْف على قياسِ مَا ذكَره في سائر العُقُود هي الواقِفُ، والمَوْقُوفُ، والمَوْقُوفُ علَيْه، وصيغةُ الوَقْفِ.

أمَّا الواقِفُ، فيجب أن يكونَ صَحِيحَ العبارة، أهْلاً للتبرُّع(٤)، ولم يُفرِدْه بالذِّكْرَ لوضوح حاله. أمَّا الموقُفُ، ففيه مسائلُ:

---

(١) رواه الشافعي (١٣٧٩) عن سفيان عن العمري عن نافع عن ابن عمر به، ورواه في القديم عن رجل عن ابن عون عن نافع باللفظ الثاني وقال الحافظ في التلخيص: وهو متفق عليه رواه البخاري (٢٧٣٧، ٢٧٦٤، ٢٧٧٢) ومسلم (١٦٣٢) من حديثه، وله طريق عندهما غيره.
قال الحافظ في التلخيص: الرجل الذي أبهمه الشافعي هو عمر بن حبيب القاضي، بينه البيهقي في المعرفة من طريقه في هذا الحديث.

(٢) رواه مسلم (١٦٣١) من حديث أبي هريرة وقال الحافظ في التلخيص: وقال فيه: أو، أو، وله وللنسائي. وابن ماجه، وابن حبان من طريق أبي قتادة: «خير ما يخلف الرجل من بعده ثلاث: ولد صالح يدعو له، وصدقة تجري يبلغه أجرها، وعلم يعمل به من بعده».

(٣) في ز: أن الوقف لا يصح.

(٤) شمل إطلاقه الإمام إذا وقف أرضاً من بيت المال على جهة عامة كالمساجد والقناطر أو شخص أو أشخاص معينين من أهل العلم والدين وعلى أعقابهم إذا رأى ذلك، وأفتى جماعة من الأئمة وغيرهم بجوازه وأنه لا يجوز لأحد تغييره كأبي بكر الشاشي وابن برهان تلميذ الغزالي وأسعد الميهني والكمال بن يونس وابن القطب النيسابوري وابن الصلاح والشيخ المصدق وقال الشيخ ابن الرفعة في باب الفي أن الذي يحكي عن صحته لأنه لو رأى تمليك ذلك للمرهون ملكاً=

إحداها: يجوز وقفُ العَقارِ والمَنْقُول، كالعَبِيد، والثياب، والدوابّ، والسلاح، والمَصَاحِفِ، والكُتُب[١]. وعن مالك: أنَّ المَنْقُولَ مطلَقاً لا يجُوزُ وَقْفُهُ.

لَنَا: ما رُوِيَ أنه ﷺ قال: «أمَّا خَالِدٌ، فَقَدْ حبسَ أدرعه واعتده[٢] في سَبِيلِ اللَّهِ»[٣]. وأيضاً فالمسلمُونَ متَّفِقون علَىٰ وَقْف الحُصُر، والقَنَادِيل، والدلالي في جميع الأعْصَار، ولا فَرْقَ بيْن المفرز والشائع، بل يجُوز أن يَقِفَ نصْف دارٍ ونصْفَ عبْدٍ[٤].

وقَف عُمَرُ ـ رَضِيَ اللَّهُ عنه ـ مائة سهْمٍ من خَيْبَر مَشَاعاً[٥].

= مطلقاً، كان له ذلك، ويحكى عن الشيخ أبي حامد منعه، قال: والصحة في الجهة العامة أولى من العين، ونقل عزة عن الفارقي في القطع بالمنع.

(١) في ز: زيادة قوله وعن أبي حنيفة أنه لا مدخل للوقف في الحيوانات.
قال الشيخ جلال الدين البلقيني: وقف الكتب يتناول صورتين إحداهما: أنه توقف على طلبة العلم ينتفعون بمطالعتها، وأن توقف على مكان للبيع وينتفع ذلك المكان بأجرتها، والأول صححه بعضهم والثانية لم يقع، فلو وقع يجوز أن يظهر الجواز لأن هذه منفعة يستأجر لها.

(٢) قال الحافظ في التلخيص: قوله: واعتده بضم التاء المثناة فوق جمع عتد بفتحين وهو الفرس الصلب أو المعد للركوب.

(٣) رواه البخاري (١٤٦٨) ومسلم (٩٨٣).

(٤) قال في الخادم: ما أطلقه من صحة وقف المشاع قيده ابن الرفعة بما يمكن الانتفاع به مع الإشاعة، أما ما لا يمكن، كوقف نصف من دار أو أرض مسجد فالذي يظهر أنه لا يصح إذا قلنا: القسمة بيع، فإن قلنا: إنها إفراز، ولم نجوز قسمة الوقف، لم يجز أيضاً، وإن جوزناه فيشبه أن يأتي في صحته إذا قلنا: بالإجبار على القسمة احتمال من وقف الدار بشرط أن يتخذ منها حلي ينتفع به الأرامل؛ لأن الانتفاع في الحال غير ممكن إلا بإحداث شيء، قال الزركشي: ويؤيده ما في فتاوى ابن الصباغ الذي جمعه ابن أخته إذا كان له حصة في أرض مشاعة وهي لا تقسم، فجعلها مسجداً، لم يصح ذكره في الكامل، لكن قيل إن كلام الشامل في باب الشفعة يقتضي الصحة، وبه صرح ابن الصلاح في فتاويه وبأن قسمتها واجبة وصرح أيضاً بتحريم المكث فيها للجنب قبل القسمة، وعلله بالاحتياط وما قاله من وجوب القسمة، قيل: إن خلاف المذهب يعني في قسمة الوقف من الطلق، لكن القمولي قال لا ينبغي أن يخرج صحته على الخلاف في جواز قسمة الوقف من الطلق وما قاله من تحريمه على الجنب قبل القسمة خالف البارزي وقال: يجوز ما لم يقسم كما يجوز للمحدث حمل المصحف مع أمتعة؛ وهو ضعيف؛ لأن تجويز حمل المصحف محله إذا كان المقصود هو الأمتعة، ونظر مسألتنا أن يكون كل منهما مقصوداً، فلا يجوز فيما ذكره من وجوب القسمة وتحريم المكث نظر، والوجه أن يقال: إن وقف الأكثر مسجداً حرم المكث فيه على الجنب، وإن كانت الحصة الموقوفة مسجداً مساوية للباب أو أقل، جاز المكث كما يجوز لبس الذي نصفه حرير ونصفه كتان، وكما يجوز للجنب والمحدث حمل التفسير الذي نصفه قرآن، مع أن القرآن أعظم حرمة من المسجد، فإذا جاز مس ما بعضه قرآن، فلأن يجوز المكث فيما بعضه مسجد أولى.

(٥) تقدم.

ولا يسري الوقف من نصْفٍ إلى نصفٍ، وإنما السراية منْ خاصَّة العِتْق.

ولو وقَف نصْف العبْد، ثم أعْتَق النِّصْفَ الآخَر، لم يُعْتَقَ، بخلافِ ما إذا رَهَن نِصْفَ عبْدٍ، ثـم أعتق النِّصْفَ الآخَرَ، فإنَّا نقول بالسراية إلى المَرْهُون، والفَرْق أن المرهونَ قابلٌ للإِعتاق، والموقُوف بخلافه.

المسألةُ الثانيةُ: يجوزُ وَقْفُ ما يطلب لعين تُسْتفادُ منه؛ كالأشْجَار للثمار، والحيواناتِ للأصْوَافِ والأوْبَارِ والألْبَان، والبيض، وما يُطْلب لمنفعةٍ يُسْتَوْفَىٰ منه؛ كالدُّور والأرَاضِي. ولا يُشترط أن يكون بحَيْثُ تحْصُل منه المنفعة، والفائدةُ في الحال، بَلْ يجُوزُ وَقْفُ العَبد، والجَحْشِ الصغيرين والزمِنِ، الذي يَرجَىٰ زوالُ زمَانَتِهِ، كما يجوز نكاحُ الرَّضيعة.

المسألة الثالثة: لا يَجُوزُ أن يقف الحُرُّ نَفْسَه؛ لأن رقبته غير مملوكةً، وإن قدَّرنا أنَّ منافعه ملْحقةٌ بالأموال، والوَقْف يَسْتَدعِي أصلاً يحبس [عليه] لِيستوفي منفعته على مرِّ الزَّمَان، وكذلك مالِكُ منافع الأموال دون رِقَابِها لا يجُوزُ له الوَقْفُ، سواءٌ ملك مُؤَقَّتاً كالمستأجر، أو مؤبَّداً كالموصَىٰ له بالخدمة والمنفعة.

وأيضاً، فإنَّ الوَقْفَ يُشْبِه التحريز، وملك المنفعة لا يُفيدُ ولايةَ التحرير، ويجوز أن يعلَّل اشتراطُ كون الموقوف عَيْناً بأنَّ الموقوف يجبُ أن يكونَ لَهُ دوامٌ علَىٰ ما سيأتي، والمنافعُ تحْدُث وتفنى، فهي كالشيْء الذي يتَسَارَع إلَيْه الفسادُ والفناء.

المسألة الرابعة: في وقْف المستولَدَةِ وجهان:

أحدُهما: يجوزُ كما يجوز إجَارَتُها.

أصحُّهما: المنع؛ لأنَّ حلّها حرمة العِتْق، فكأنَّها عتيقة.

وبنَىٰ بعضهم الخلافَ علَىٰ أن الوَقْفَ، هلْ ينقل المِلْكَ عن الواقف؟ إن قلْنا: نَعَمْ، لا يصحّ وَقْفِها؛ لأنَّها لا تَقْبَل النقل، فإنْ قلنا: لا تُنْقَل، صَحَّ، وهٰذا ما أشار إليه صاحبُ الكتابِ بأن صحَّحناه.

فإذا مات السيد، وعَتَقَت، قال في «التَّتِمَّة»: لا ينْطُل الوقْف، بل تبْقَىٰ منافعها للموقُوفُ علَيْه، كما لو أجَّرها، ومات.

وفي «النهاية» أنّه ينْطُل بخلاف الإجارة؛ لأنَّ الحريَّة تنافِي الوقْف دُون الإجارة، هذا قضيَّة كلامِ القَاضِي ابْنِ كَجٍّ.

ويجْرِي الوجهانِ في جَوَاز وقْف المُكَاتب، ويجُوزُ وَقْفُ المُعَلَّق عتقُه بصفةٍ ثم إذا وُجِدَت الصِفَةُ، فإن قلْنا: إنَّ المِلْكَ في الوقْف للواقف، أو للّهِ ـ تعالَىٰ ـ عَتَقَ، وبطلَ الوَقْفُ. وإن قلْنا: إنَّه للموقوف عليه، فلا يُعْتَقُ، ويكونُ الوَقْفُ بحاله.

ويجوز وَقْفُ المدَبَّر أيضاً، ثم هُوَ رجوعٌ، إن قلنا: إنَّ التدبيرَ وصيةٌ، وإن قلْنا: إنَّه تعليقُ عَتَقَ بصفة، فهو كالعبد المعلَّق عتقُه بصفةٍ.

المسألةُ الخامسة: في وقْف الكَلْب المُعَلَّم[١] وجهان، بناهما بانُونَ، منْهم الشيخُ أبو حامد على الخِلاَفِ في إجَارته، وآخَرُون علَى الخِلاَف في هِبَتِه، وآخرُونَ علَىٰ أنَّ الوقْفَ يزيلُ مِلْكَ الرَّقَبَةِ، أمْ لا يزيل؟ إنْ قلنا: لا يُزِيلُ، فَلَيْسَتْ قضيَّتهُ سَوىٰ نقْلِ المنافعِ، ومنافعُها مستَحقَّةٌ، فجاز أنْ ينقل، وكيْفَ ما قدِّر فالأصحُّ المنعُ، وقد قَطَع به بعضُهُم مع القول بجوازِ الإجَارة، لأن رقبته غَيْرُ مملوكةٍ.

المسألةُ السادسةُ: في وقْف الدراهم والدَّنانير وجهان، كما ذكَرْنا في وقْف إجارتِهما. إنْ جوَّزنا الإجارةَ، جَازَ وقْفُها، لتكرى ويجوز وقف الحُلِيِّ؛ لغرض اللبس.

وحَكَى الإمامُ أنَّهم ألْحقُوا وَقْفَ الدراهم؛ ليُصَاغ منها الحُلِيُّ بوَقْفِ العَبْدِ الصغيرِ، وتردَّدَ فيه؛ لأنَّ الصغيرَ يصيرُ إِلَىٰ حالَة الانْتفاع بنَفْسِه، وهذا يحتاجُ إِلَىٰ إحداث أمْرٍ بالاخْتيار.

المسألة السابعةُ: لا يجوز وقْفُ ما لا يدُومُ الانتفاعُ به كالمطعومات؛ فإنَّ منفعتها استهلاكها وكالرَّيَاحِين المشمُومةِ، فإنها سريعةُ الفَسَادِ، وإنَّما شُرِعَ الوَقْفُ؛ ليكون صدقةً جاريةً[٢]. ومن المسائلِ الداخِلَةِ في الفَصْلِ أنّه لو وَقَفَ عَبْداً، أو ثَوْباً في الذمَّة، لم يُجزْ، كما لو أعْتَقَ عبْداً في الذمَّة، ولو وَقَفَ أحدَ عبْدَيْه، لم يَجُزْ كما لو باع، وفيه وجه؛ أنه يجُوزُ كما لو أَعْتَقَ ويجوز وقْفُ عُلْوِ الدَّارِ دون سُفْلها[٣]، ويجوزُ وقْفَ الفَحْل للنزوات بخلاف إجارته؛ لأنَّ الوقْف قربةٌ يحتملُ فيه ما لا يُحْتَمل في المعاوَضَات، والله أعلم.

وقولُهُ في الكتاب: «وهوَ كُلُّ مملوكٍ متعيِّن تحْصُلُ منه فائدةٌ أو منفعةٌ لا تفوت العَيْنُ باستيفائها» أراد به ضَبْطَ الموقوف.

وقوله: «مَمْلُوك» يدخل فيه العَقَارُ، والمنقُول، والشَّائع، والمفرَّز، ويخرج عنه الحرّ وما لا يملك. وقوله: «متعيِّن» قَصَدَ به الاحتراز عمَّا إذا وقَف أحد العَبْدَيْنِ،

---

(١) أو قابل للتعليم كما بحثه السبكي.

(٢) قضيته تخصيصه بالرياحين المحصودة، أما المزروعة فيصح وقفها للشم كما قال المصنف في شرح الوسيط إنه الظاهر؛ لأنه يبقى مدة، وفيه منفعة أخرى وهي التنزه.
قال الخوارزمي وابن الصلاح: يصح وقف المشموم الدائم نفعه كالمسك والعنبر والعود.

(٣) يدخل في إطلاقه وقفها مسجداً، وبه صرح الماوردي والروياني فقالا يجوز أن يجعل السفل مسجداً دون العلو، والعلو مسجداً دون السفل خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله.

ويخرج عنه ما إذا وقَفَ في الذِّمَّة. وقوله: «منفعةٌ أو فائدةٌ» ـ أشار بالمَنْفَعَة إلى السكنى واللُّبْس ونحوهما، وبالفائدة إلى الثَّمرةِ واللَّبَنِ ونحوهما.

وقوله: «لا تفوت العيْنُ بأستيفائها» احترز به عن الطَّعام، وما في معناه إلاَّ أنَّ هذا الضَّابِطَ يشْكِل بوقْفِ المستوْلَدَةَ، فإنه يقتضي جَوَازَه، والأصح فيه المَنْعُ، وبالملاَهِي حيْثُ لا يجوز وَقْفُهَا. فإنْ قلْتَ: كُلُّ عيْن معيَّنةٍ مملُوكةٌ مِلْكاً يَقْبَلُ النقل تَحْصُل منها فائدةٌ أو منفعةٌ يستأجر لها زال الإشكال والله أعلم.

فرعان:

الأوَّل: أجَّرَ أرْضَهُ، ثم وقَفَها، جواب الشيخ أبي عليٍّ في «الشرح» أنه يصحُّ الوقف؛ لأنَّه مملوكٌ بالشرائط المذكورةِ، وليْسَ فيه إلا العَجْزُ عنْ صَرْف المنفعةِ إلَىٰ جهةِ الوَقْف في الحال، وأنَّه لا يمنع الصِّحَةَ، كما لو وقَف ماله في يد الغَاصب.

وفي فتاوى القَفَّال تخريجُهُ على الوَقْف المنْقَطِع الأوَّل.

وزاد بَعْضُهم فقال: إن وقَف على المَسْجِد، صَحَّ لمشابهتِه الإعْتَاق، وإنْ وقَف على إنْسَانٍ، فإنْ قلْنا: المِلْكُ في الوقْف ينتقل إلى المَوْقُوف علَيْه، فهو على الخلافِ في بَيْع المستأجر، إن لم نصحِّحه، فكذلك الوقْفُ.

وإن صحَّحناه، فيخرَّج حينئذ على الخلاف في الوقْف المنْقَطِع الأوَّل، وإن قلْنا: ينتقلُ إلى اللَّهِ تعالَىٰ، فَوَجْهان لافتقاره إلى القَبُولِ، ووقف الورثة الموصى بمنفعته شَهْراً كَوَقْف المستأجر الثَّاني، إذا استأجر أرضاً؛ ليبني فيها أو يَغْرِس، فَفَعَلَ، ثمَّ وقَفَ البِنَاءِ والغِرَاس، ففي صحَّة الوَقْف وجهان: **أصحُّهُما**: الصِّحة، وبه قال ابْنُ الحَدَّاد؛ لأنَّه مملوكٌ يمكن ٱلاَنتفاع به مع بقاء عَيْنه.

والثاني: المَنْعُ؛ لأنَّ مالك الأرْضِ بسبيل من قلعه، فكأنَّه وقَفَ مالاً ينتفع به، وهما كالوجهَيْن في أنَّ الثاني لو انفرد بِبَيْعِ البناء، هل يجوز؟ ولو وَقَف هذا أرْضَه، وهذا بناءه جاز بلا خلاف كما لو اجتمعا على البَيْع، وإذا قلْنا بصحَّة الوقْف، فإذا مضَتِ المدَّة، وقلَع مالكُ الأرْضِ البناءَ، فإن بَقِيَ منتفعاً به بعْدا القلع، فهو وَقْفٌ، كما كان، وإنْ لم يبْقَ، فيصيرُ ملكاً للموقُوفِ علَيْه، أو يرجع إلى الوَاقِف؟ فيه وجهان، وأَرْشُ النقص الذي يؤخذ منه القالع يسلك به مَسْلَكَ الوَقْف[1].

قَالَ الغَزَالِيُّ: **الرُّكْنُ الثَّانِي: المَوْقُوفُ عَلَيْهِ فَإِنْ كَانَ مَوْقُوفاً عَلَىٰ شَخْصٍ مُعَيَّنٍ**

(١) قال النووي: الأصح: صحة وقف ما لم يره، ولا خيار له عند الرؤية.

فَشَرْطُهُ أَنْ يكُونَ أَهْلاً لِلْهِبَةِ مِنْهُ وَالوَصِيَّةِ لَهُ، فَيَجُوزُ الوَقْفُ عَلَىٰ الكَافِرِ الذِّمِّيِّ، وَعَلَىٰ المُرْتَدِّ وَالحَرْبِيِّ فِيهِ خِلاَفٌ (و) لِأَنَّهُ لاَ بَقَاءَ لَهُ لِأَنَّهُ مَقْتُولٌ، وَلاَ يَجُوزُ عَلَى الجَنِينِ؛ لأَنَّهُ لاَ تَسْلِيطَ فِي الحَالِ، وَلاَ عَلَىٰ العَبْدِ (و) فِي نَفْسِهِ وَلَكِنَّ الوَقْفَ عَلَيْهِ وَقْفٌ عَلَى السَّيِّد، وَالوَقْفُ عَلى البَهِيمَةِ هَلْ هُوَ وَقْفٌ عَلَى مَالِكِهَا؟ فِيهِ خِلاَفٌ، وَلاَ يَجُوزُ الوَقْفُ عَلَىٰ نَفْسِهِ (م) إِذْ لاَ يَتَجَدَّدُ بِهِ إِلاَّ مَنعُ التَّصَرُّفِ، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ: أَنَّهُ يَجُوزُ، وَلَوْ شَرَطَ أَنْ يَقْضِيَ مِنْ رِيعِ الوَقْفِ زَكَاتَهُ وَدُيُونَهُ فَهُوَ وَقْفٌ عَلَىٰ نَفْسِهِ، وَكَذَا إِنْ وَقَفَ عَلَىٰ الفُقَرَاءِ ثُمَّ صَارَ فَقِيراً فَفِي شَرِكَتِهِ خِلاَفٌ (و).

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الوقْفُ إمَّا أن يكون على معيَّنٍ أو غير معين.

القِسْمُ الأَوَّلُ: إذا كان الموقُوفُ عليه شخْصاً معيَّناً، أو جماعةً معيَّنين، فالشَّرْطُ أن يمكن تمليكُه[1]؛ لأنَّ الوقْفَ تمليك العَيْنِ والمنفعة إن قلنا: إنَّ المِلْكَ في الوقف للموقُوف علَيْه، وتمليكُ المنفعة، إنْ لَمْ نقل به.

وقوله في الكتاب: «أهلاً للهبة منه والوصية له» ليس الغرضُ منه اعتبار هذَيْن التَّصَرُّفَيْنِ خاصَّةً، بل المعتبر مطْلَقُ أهليَّةِ المِلْك، لكنَّهما أقربُ إلى الوقْفِ مِنَ البَيْعِ والمعاوضات فكأنَّه جرَىٰ ذكرهما لذلك. وفي الفصل ثلاث مسائل:

المسألةُ الأولى: يجوزُ الوَقْفُ على الذِّمِّيِّ من المُسْلِم والذِّمِّي، كما تجوز الوصيَّةُ له، والتصدُّق عليه، وفي الحربيِّ والمرتدِّ وجهان:

أحدهما: الجوازُ كالذِّميِّ.

وأصحُّهما: المَنْعُ؛ لأنَّهُمَا منقولان؛ لأنَّه لا بقاء لهما، والوَقْفُ صدقةٌ جاريةٌ، فكما لا يوقَفُ ما لا دوام له، لا يوقف على من لا دَوَام له[2].

المسألةُ الثانيةُ: لا يَجُوز الوَقْفُ علَىٰ من لا يملك كالجَنِينِ، بخلاف الوصيَّة؛ لأنها تتعلَّق بالمُسْتَقْبل، والوقْفُ تسليطٌ في الحال، وكذلك لا يجوز الوقْفُ على العبْدِ نفْسه، وهذا فيما ذكره ذاكرون مُفرَّعٌ على قولنا: إنه لا يملك وأمَّا إذا قُلْنَا: إنَّه يملك،

---

(١) في حال الوقف عليه بوجوده في الخارج، فلا يصح الوقف على ولده، وهو لا ولد له، ولا على فقير أولاده، ولا فقير منهم، فإن كان فيهم فقير وغني صحَّ. ويعطي منه أيضاً من افتقر بعدُ، كما قاله بالبغوي.

(٢) قال الأذرعي: ويشبه أن يكون المجاهد والمستأمن كالذمي إن حل بدارنا ما دام فيها، فإذا رجع صرف إلى من بعده وقال الزركشي: مقتضى كلامهم أنه كالحربي وجزم به الدميري وقال الخطيب الشربيني: والأول أوجه.

صحَّ الوَقْفُ علَيْه، وإذا عَتَقَ، كان له دونَ سيده.

وعلَىٰ هذا قال صاحبُ «التَّتِمَّة»: إذا وقَفَ علَىٰ عبد فلانٍ، وقلنا: إنَّ العبد يُمَلَّك بالتمليك، فيصحُّ الوقْفُ عليه، ويكون الاستحقاقُ متعلِّقاً بكونه عبْدَ فلانٍ حتى لو باعه، أو وهَبَهُ، زال صفةُ ٱلاَسْتِحْقَاق، ولك أن تقولَ: الخلافُ في أنه، هلْ يملك بخصوص ما إذا ملكه السَّيِّد؟ فأمَّا إذا ملَكَه غَيْرُه، فلا خِلاَف في أنَّهُ لا يملك، وحينئذٍ، فإذا كان الواقِفُ غيْرِ السيِّد، كان الوَقْفُ علَىٰ من لا يملك، فأيُّ معنًى لقولنا: لو ملكه السيد. لملك. وأمَّا إذا أطلق الوقْفَ عليه، فهو وقْفٌ على السيِّد، كما لو وهب منه، أو أوصَىٰ، وإذا شرطْنا القبول، جاءَ فيه الخلافُ في أنَّهُ، هل يستقلُّ بقبول الهبة والوصية أم يحتاج إلَىٰ إذن السيِّد؟ وقد مرَّ في مداينة العبيد.

ولو وقف على مكاتب هل يستقل بقبول الهبة والوصية أم يحتاج إلى إذن السيد، قال الشيخ أبو حامد: لا يجوز كما لو وقف على القنِّ، وفي «التتمة»: أنا نصحِّح الوقْفَ في الحال، ونصْرِف الفوائد إليه، ونُدِيم حكمه، إذا عتَق، إنْ أطْلَق الواقِف، وإنْ قال: تُصْرَف الفوائد إليه، ما دام مكاتباً، بَطَل استحقاقه، وإن عجز، بان لنا أنَّ الوَقْفَ منقطعُ ٱلاَبتداء. ولو وقَف على بهيمة وأطلق، فهلْ هو كالوقْفِ على العَبْد، حتى يكون وقْفاً علَىٰ مالِكِها؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: لا؛ لأنها ليَسَتْ أهْلاً للمِلْك بحال، وهذا كما أنَّه لا يجُوزُ الهبةُ منها، والوصيَّةُ لَهَا.

والثاني: نعم، كما لو وقف علَى العَبْد، وهذا ما ٱختارَهُ القاضي أبو الطيِّب [الطبري] في «المجرد» وذكر أنَّهُ ينفق علَيْها منه ما بَقِيَتْ؛ وعلَىٰ هذا، فالقَبُول لا يكون إلا من المالك، وفيما إذا أضاف إلى العبد؛ أصحُّ الوجهين: أنه لا يصح القبول من السيِّد؛ لأن الخطابَ لم يَجْرِ معه.

وحكى أبو سعيد المتولِّي فيما إذا قال: وقفتُ علَىٰ علف بهيمة[1] فلانٍ، أو علف بهائم القَرْية وجْهَيْن؛ على ما ذكرنا في صورة الإطلاق. قال: والخلافُ فيما إذا كانت البهيمَةُ مملوكةً.

أمَّا إذا وقف على الوُحُوش، أو علَف الطُّيور المباحَةِ، لم يصحَّ بلا خلاف[2].

---

(١) في د: بها لم.

(٢) التصريح بنفي الخلاف لم يصرح به المتولي نعم اقتضاه كلامه، وما ذكره المتولي يقتضي منع الوقف على حمام مكة، أعني الحمام البري بالحرم، لكن كلام الوسيط ظاهر في أنه يصح جزماً وهذا يقدح في نفي الخلاف.

المسألة الثالثة: في وقْف الإنْسان علَىٰ نَفْسه وجهان:

أصحُّهما: ويُحْكَىٰ عن نصه: المنع؛ لأنَّ الوَقْفَ تمليكُ المنفعةِ وحْدَها، أو مع الرقبة، والإنسان لا يَمْلِكُ نَفْسَه(١).

والثاني: وبه قال أحمدُ وأبو عَبْدِ اللّهِ الزُّبَيْرِيُّ أنه جائزٌ؛ لأن اَستحقاقَ الشيْءِ وقْفاً غيرُ اَستحقاقه مِلْكاً، وقد يقصد مَنْعَ نفسه من التصرُّف المزيلِ للمِلْك، وينسب هذا الوجه إلى ابنِ سُرَيْج أيضاً.

وحكى القاضي ابْنُ كجٍّ عنه أنه يصحُّ الوقف، ويلغو الشرط، وإضافته إلى نفْسِه، وهذا بناءٌ على أنه لو اَقتَصَرَ علَىٰ قوله: «وقفتُ»، صحَّ الوقف.

وينبغي أن يطرد في الوقْف علَىٰ من لا يجوز مطلقاً.

ولو وقف على الفقراء، وشرط أن تقضي من ريع الوقْفِ زكاتُهُ وديونُهُ، فهذا وقْفٌ على نفْسِهِ وغيره، ففيه الخلافُ، وكذلك لو شَرَط أن يأكل من ثماره، أو ينتفع به، وقدْ يوجه الجواز بأنَّه عثمانَ ـ رضِيَ اللّه عنه ـ وَقَفَ بِئْرَ رُومَة(٢)، وقَالَ: دَلْوِي فِيهَا

---

(١) ذكر بعضهم حيلاً في الوقف على النفس إذ يقف على أولاد أبيه الذين صفتهم كذا، ويكون ذلك الوصف منحصراً فيه.

ذكره ابن يونس في شرح التنبيه وابن عمه في رفع التمويه، وتبعهما الشيخ ابن الرفعة وكان يفتي به وعمل به، فإنه وقف وقفاً على أفقه أولاد أبيه وبقي هو يتناوله كذا حكاه عنه في الخادم وذكر أن بعض المتأخرين نازعه في الكل إلى آخر ما ذكره، وابن يونس ليس منفرداً بذلك، بل هو تابع للشيخ أبي علي الفارقي كما حكاه الأذرعي وتبعه الزركشي.

ومنها: أن يحكم حاكم بصحته كحنفي أو حنبلي كما صرح بذلك الشيخ أبو محمد والشيخ أبو حاتم القزويني.

ومنها: أن يؤجر ما يريد وقفه مدة يظن أنه لا يعيش بعدها بأجرة منجمة ثم يقفه بعد على من يريد، فإنه يصح الوقف وتصرف الغلة بعد انقضاء مدة الإجارة إلى جهة الوقف، أفتى به الشيخ ابن الصلاح وفي عدِّ هذه نظر.

ومنها: أن يهبها لغيره ويقبضه إياها أو يبيعها عليه بثمن ما ثمّ يسأله أن يقفها عليه وعلى من شاء بعده ولا يخفى ما في هذه من الخطر بأن لا يفي وإن وفى له فالصدقة للواقف.

(٢) قال الحافظ في التلخيص: قال أبو عبيد البكري: رومة كانت ركية لليهودي اسمه رومة فنسبت إليه، وزعم ابن مندة أنه صحابي، وقد وهم كما بينته في معرفة الصحابة، واختلف في مقدار الثمن ففي الطبراني أنه عشرون ألف درهم، وعند أبي نعيم أنه اشترى النصف الأول باثني عشر ألفاً، والثاني بسبعمائة، وفي تاريخ المدينة لابن زبالة أنه اشترى النصف الأول بمائة بكرة، والثاني بشيء يسير، وقيل اشتراها بخمسة وثلاثين ألفاً، حكاه الحازمي في المؤتلف، ورواه الطبراني أيضاً، وقيل بأربعمائة دينار حكاه ابن سعد.

كَدِلاَءِ المُسْلِمِينَ[١].

ومن منعَ، قال: ليس ذلك علىٰ سبيل ٱلاشْتِرَاط، ولكنه أخبر أنَّه للواقف أن ينتفع بالأَوْقَاف العامَّة؛ كالصلاة في البقعة التي يجعلها مسْجِدَاً، وما أشبه ذلك.

ولو ٱستَبْقَىٰ الواقِفُ القولية لنَفْسِه، وشرط أجرةً، وفرَّعنا على أنَّهُ لا يجوز أن يقِفَ على نفسه، ففي صحَّة هذا الشَّرْط وجهان مبنيَّان علىٰ أنَّ الهاشِمِيَّ، إذا انتصب عاملاً للزَّكاة، هلْ له أن يأخُذَ من سَهْم العامِلِينَ[٢]؟ ولو وقَف على الفقراءِ، ثم صار فقيراً، ففي جواز الأَخْذ وجهان مع المَنْع منْ أن يقف علىٰ نفسه؛ لأنَّه لم يقْصد نفْسَه، وإنَّما وجدت فيه الجهَةُ الَّتي وقف عليها، ويُشْبه أن يكونَ هذا أظهَر، لكن المصنِّفَ رجَّح المنعَ في «الوسيط»، ووجَّهه بأن الظاهرَ أنَّ مطْلَقَ الوقْف ينصرفُ إلى غير الواقف. وقوله في الكتاب: «فيجوز الوقْفُ علىٰ الكافر الذمِّيِّ، وعلى المرتدِّ والحربِّي [فيه] خلاف هكذا هو الصوابُ، وقد يوجد في بعض النسخِ «على الكافرِ الذمِّيِّ والمرتدِّ والحربي خلافٌ» وهو غلط.

وقوله «ولا على العَبْدِ في نفْسِهِ» ـ يجوز أن يُعْلَمَ بالواو، لما سبق وقوله «ولا يجوز الوقْف علىٰ نَفْسِهِ» بالألف والميم أيضاً؛ لأنَّ أبَا الفرج السَّرْخَسِيَّ حَكَىٰ عن مالكٍ مِثْلَ مذْهب أحمد، وقيل: إنَّ مذهبَه الجوازُ في اليسير دون الكَثير.

وقوله: «إذ لا يتجدد له إلاَّ مَنْع التصرُّف» أراد به أنَّ مقتَضَىَ الوقْف، حبس الرقبة، وتمليكُ المنْفَعَة، والرقَبَةُ محْبُوسَةٌ علَيْه، والمنفعةُ مملوكةٌ له، فلا يحْدُث شيء سِوَى ٱمتناعِ التصرُّفات التي يمنعها الوَقْف.

وقوله: «ففي شركته خلافٌ» ـ أي في شركته إيَّاهم في جواز الأَخْذ، وليس المرادُ الشَّرِكَةَ في المؤقُوف؛ لأنَّ ٱستيعابَ الفقراء غير واجب.

هذا تمامُ الكلامِ في الوقْف على المعيَّن.

ولو قال لرجلَيْن: وقفْتُ علَىٰ أحدِكما، لم يصحَّ، وفيه ٱحتمالٌ عن الشيخ أبي محمَّد إذا فرَّعنا على أن الوقْفَ لا يفتقر إلى القَبُول.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلَوْ كَانَ الوَقْفُ عَلَىٰ جِهَةٍ عَامَّةٍ كَالمَسَاكِينِ وَالفُقَرَاءِ فَإِنْ كَانَ فِيهِ قُرْبَةٌ فَصَحِيحٌ، وَإِنْ كَانَ مَعْصِيَةً كَالوَقْفِ عَلَىٰ عِمَارَةِ البِيَعِ وَالكَنَائِسِ وَكَتَبَةِ التَّوْرَاةِ وَنَفَقَةِ قُطَّاعِ

---

(١) رواه الترمذي (٣٧٠٤) من حديثه والنسائي (٦/ ٢٣٥)، والبخاري (٥/ ٤٠٦ ـ ٤٠٧) تعليقاً.

(٢) قال النووي: الأرجح هنا جوازه. قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح ويتقيد ذلك بأجرة المثل، ولا يجوز الزيادة إلا من أجاز الوقف على نفسه.

الطَّرِيقِ فَبَاطِلٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لاَ قُرْبَةَ وَلاَ مَعْصِيَةَ كَالوَقْفِ عَلَى الأَغْنِيَاءِ أَوْ عَلَى المَسَاكِينِ مِنَ الكُفَّارِ وَالفُسَّاقِ فَفِيهِ خِلاَفٌ (و).

قَالَ الرَّافِعِيُّ:

القِسْمُ الثَّانِي: إذا كان الوقْفُ عَلىٰ غير معيَّن؛ كالوقف على الفقراء، والمساكين، وهذا يسمى الوقْف على الجهة؛ لأنَّ الواقفَ يَنْظُرُ إلَىٰ جهة الفقر والمسْكَنَة، ويقصد سد خلة قوم موصوفين بهذه الصِّفَة لا شخصاً بعَيْنه، فيُنْظَرُ في الجهة، أهيَ معصيةٌ أم لا؟

إن كانت الجهة جهة معصيةٍ؛ كالوقْف لعمارة البَيْع والكنائِسِ ولقناديلها وحصْرِها، لم يصحَّ؛ لما فيه من الإعَانَة على المعصية[1]، وكذا لو وقف لكتابةِ التَّوْرَاة والإنْجيل؛ لأنَّهم بدَّلوا وحرَّفوا، والاشتغال بكتابتها غيرُ جائز، ولا فرْقَ بيْن أن يصدر هذا الوقْفُ من مسْلِمٍ أو ذِمِّيٍّ، فنبطله إذا ترافَعُوا إلينا.

أمَّا ما وقَفُوه قبل المبْعَث على كنائِسِهِمُ القديمة فنقرّه حيث نقرّ الكنائس، وإن لم تكن الجهةُ جهةَ معصيةٍ، نُظِرَ؛ إن كان يظهر فيها قصْدُ القُرْبة؛ كالوقْف على المساكين، [وفي سبيل اللّه والعُلَماء والمتعلِّمين، وعلى المَسَاجد] والمدارسِ والرِّبَاطَات والقناطِرِ، صحَّ الوَقْفُ، وعلى هذا النَّحوِ جرتْ أوقافُ الصحابة ـ رضي اللّه عنهم ـ وإن لم يظهر قصدُ القُرْبة، [كالوقف على الأغنياء، ففيه وجهان، مبنيان على أن المرعيَّ في الوقْف على الموصُوفين جهة القُرْبة][2] أو التَّمْليك؟

وتحقيقهُ أن الوَقْفَ على المعيَّنين يُسْلَك به مَسْلَكُ التمليكات؛ ولذلك يجوز علَىٰ من يجوز تمليكه، ثم قد يقصد الواقفُ التقرُّبَ به إلى اللّه تعالىٰ؛ كالصدقة. وأمَّا الوقفُ على منْ لا يتعيَّن، فحكاية الإمامُ عن المعْظَم أنَّ المرعيَّ منه طريق القربة دُونَ التَّمْليك، ولهذا لا يجبُ ٱستيعابُ المَسَاكِين، بل يجوزُ ٱلاَقتصار، على ثلاثةٍ منهم.

وعن القفَّال أنَّ المرعى فيه ظهورُ طريق التمليك، كما في الوصيَّة، والوقْفُ على المعيَّن، وهذا ما اختاره الإمامُ وشَيْخُهُ، وطرق أصحابنا العراقيين تُوَافِقُهُ حتَّى أنَّهم ذَكَرُوا أنَّ الوقْفَ على المساجِد والرِّباطات تمليكٌ للمُسْلِمِين منفعةَ الوَقْف. فإن قلْنا بالأول، لم يَصحَّ الوقف على الأغنياء، ولا علَى اليهود والنصارَىٰ والفُسَّاق.

---

(١) لأنه إعانة على معصية، والوقف شُرِعَ للتقرب، فهما متضادان، وسواء فيه إنشاء الكنائس وترميمها منعنا الترميم أو لم نمنعه؛ ولا يعتبر تقييد ابن الرفعة عدم صحة الوقف على الترميم بمنعه، فقد قال السبكي: إنه وهم فاحش، لا تفاقهم على أن الوقف على الكنائس باطل، فإذا لم نصحح الوقف عليها ولا على قناديلها وحصرها، فكيف نصححه على ترميمها.

(٢) سقط في: ب.

وإن قلْنا بالثاني، جاز الكلُ، ويجوز أن يخرَّج على هذا الأصْلِ الخلافُ في الوقْف على الطالبيَّة والعَلَويَّة وسائِرِ منْ لا ينحصِرُون، وفيه قوْلاَن، كما في الوصيَّة لهم، فإنْ راعَيْنا طريقَ القُرْبة، صحَّ الوقْف لَهُم، وإلاَّ، لم يصحَّ؛ لتعذُّر الاستيعابِ، والأشبهُ بكلام الأكْثَرِين ترجيحُ كَوْنه تَمْليكاً، وتصحيحُ الوقْف على هؤلاء؛ ولهذا صحَّح صاحبُ «الشَّامِلِ» الوقْفَ على النَّازِلِينَ في الكنائس من مارَّة أهْل الذمَّة، وقالَ: إنَّه وقفٌ عليهم لا على الكنيسة، لكن الأحسن توسُّطٌ، ذهب إليه بَعْضُ المتأخِّرين، وهو تصحيحُ الوقْف على الأغنياء[1] وإبطالُ الوَقْف على اليَهُود والنَّصَارَىٰ، وقُطَّاعِ الطريق وسائرُ الفُسَّاق؛ لتضمينه الإعانة على المَعْصِيَةِ.

فأمَّا ما يتعلَّق بلفظ الكتاب، فإنَّه ذكَر الخلافَ في الوقْف على الكُفَّار والفُسَّاق، ولم يذْكُره في الوقْف؛ لنفقة قطَّاع الطريق، بل أطْلَق الحكم بالبُطْلان، ولا يُمْكِنُ أن يقدَّر فرْقٌ بينهما؛ فإنَّ القُطَّاعَ ضَرْبٌ من الفُسَّاق؛ فكأنه أراد بالوقْف لِنفقةِ قُطَّاع الطَّريق إن شرط الصرْف إلَىٰ ما يَتَهَيَّأُ به القطع، من سلاح وغيره، فيَكُون كالوَقْف لعمارةِ البَيْعِ وقنادِيلها، وبمثله لو وَقَفَ لآلاتِ سَائِرِ المعاصِي، بَطَلَ الوَقْفُ لا محالةَ.

ولو وقف لتصرُّف الْغَلاَّتِ إلى القُطَّاع، وسائر الفُسَّاق لا إلَىٰ جهةِ الفِسْق، فهو موضعُ الخِلاَف، ولا فرْق بيْن فاسقٍ وفاسقٍ. وقوله: «أو على المساكِينِ منَ الكُفَّار والفُسَّاق» أشار به إلىٰ أنه، وإنْ نصَّ على مساكينهم، فالوقْفُ مختلَفٌ فيه، كما لو وقَف علَىٰ أغنياءِ المُسْلِمِين، فإن وقَف علَىٰ أغنيائهم، حَصَلَ الخلافُ منْ وجْهَيْن والله أعلم. وهذه مسائلُ أُخَرَ تليقُ بهذا الركْن، يجوز الوقْفُ على سبيل الله تعالى وهم المعنيُّون في آية الزكاة.

وقال أحْمَدُ: الحَجُ في سبيلِ اللّه، وعلى سبيل البِرِّ أو الخيرِ، أو الثَّوَابِ، ويُصْرَف إلَىٰ أقارب الواقِف، فإنْ لمْ يوجَدُوا، فإلى أهل الزكاة.

وذكر صاحِبُ «التهذيب» أنَّ الموقوفَ علَىٰ سبيلِ اللّه[2] يجوزُ صَرْفُه إلَىٰ ما فيه صلاحُ المسلمين منْ أهْل الزَّكَاةِ، وإصْلاَحِ القَناطِر، وسدِّ الثغور ودفن المَوْتَىٰ.

وغيرها وفرَقَ بعضُ أصحابِ الإمامِ، فقال: إذا وقَفَ علَىٰ جهة الخير، صرف

(١) أما عن ضابط الغنى الذي يستحق به الوقف على الأغنياء.
قال الأذرعي: الأشبه أن يرجع فيه إلى العرف، وقال غيره: أنه من يحرم عليه الصدقة: إما لملكه أو لقوته وكسبه أو كفايته بنفقة غيره، وهذا أولى.
ولو وقف على الأغنياء وادّعى شخص أنه غني، لم يقبل إلا ببينة بخلاف ما لو وقف على الفقراء وادعى شخص أنه فقير، ولم يعرف له مال فيقبل بلا بينة نظراً للأصل فيهما.

(٢) في د: البر.

إِلَىٰ مَصَارِفِ الزَّكَاة، فلا يُبْنىٰ به مسجدٌ ولا رباطٌ، وإذا وقف على جهةِ الثَّوابِ، صرف إِلَىٰ أقاربه، وجوابُ الأَكْثَرِينَ ما قدَّمناه، قالوا: ولو جمع بين سبِيلِ اللّٰه وسبيل الثواب وسبيل الخير صرف الثلث إلى الغُزَاة، والثُّلث إلى أقاربه، والثُّلثُ إِلَى الفُقَرَاءِ والمَسَاكِينِ والغَارِمِين، وابْنِ السَّبيل، وفي الرِّقَابِ، وهذا يخالف ما سَبَق مِنَ الْخِلاَفِ. ويجوزُ الوَقْف علَىٰ أكْفَان الموتَىٰ، ومؤنةُ الغَسَّالِينَ والحفَّارين، وإنْ كان ذلك مِنْ فروض الكِفَايات، وعلى شراء الأوانِي والظُّروف لِمنْ تكسَّرت علَيْه، وعلى المتفقِّهة، وهم المشتغلون بتَحْصيل الفِقْهِ مبتديهم ومنتهيهم، وعلى الفُقَهاء، ويدْخُل فيه من حَصَّل منه شيئاً، وإن قَلَّ[(١)].

وأما الوقْفُ على الصُّوفيَّة، ففيما رأَيْته يخطِّ بعْض المحصِّلين أنَّ الشَّيْخَ أبَا محمَّد

(١) ما ذكره المصنف في الوقف على الفقهاء، قال جماعة من المتأخرين منهم صاحب الخادم واقتصر على كلامه، فإنه أجمع من غيره، قال ما نصه: ما ذكره من الوقف على الفقهاء غير مساعد عليه نقلاً وتوجيهاً، أما التوجيه فلا يساعده عرف ولا لغة، أما اللغة فلأن الفقهاء جمع فقيه صيغة مبالغة؛ لأنه من فقُه بضم القاف إذا صار الفقه له سجية، فمن حصل شيئاً قليلاً من الفقه، لا يصدق عليه ذلك، وإنما يصدق عليه فاقه. وأما العرف فلأن عرف أهل العلم أن الفقيه العالم بإصلاح الفقه، وقد يخص باسم المتبحر، ولهذا كان الشيخ ابن دقيق العيد يسمى العلامة نجم الدين بن الرفعة الفقيه، وإذا انتهى الطالب على شيخ يقول رجل فقيه، ألا ترى أنه ﷺ قال بعض أصحابه ثكلتك أمك يا فلان، لقد كنت أعدل من فقهاء المدينة، وتقول أهل العلم فقهاء أهل المدينة السبعة، وأما النقل فقال القاضي الحسين: إذا وقف على الفقهاء صرف إلى كل من علم من الأحكام شيئاً، فأما من تفقه شهراً أو شهرين فلا، ولو وقف على المتفقهة صرف إلى من تفقه يوماً مثلاً؛ لأن الاسم صادق عليه، وقال في تعليقته: الأحرى يعطى لمن حصّل في الفقه شيئاً يهتدى به إلى الباقي.

قال صاحب الخادم: وهذا حسن، وإليه يشير قول الشيخ في التنبيه، وإذا تذكره المنتهي تنبه به على أكثر المسائل قال القاضي: ويعرف بالعادة، وقال المتولي: المتفقه هو الطالب لعلم الفقه، وإن كان مبتدئاً، وإذا وقف على الفقهاء صُرِفَ إلى من حصل من الفقه طرفاً، وإن لم يكن متبحراً، فأما من كان مبتدئاً فلا يصرف إليه، وقال الغزالي في الاحياء: إنه يدخل في الوصية للفقهاء الفاضل دون المبتدىء في شهر ونحوه، والمتوسط بينهما درجات يجتهد المفتي فيها، والورع لهذا المتوسط ألا يأخذ منها شيئاً، وإن أفتاه مفت بدخوله فيها، وقد حكاه عنه النووي في كتاب البيع في شرح المهذب، وأقره، وقال البغوي في كتاب الوصية: ولو أوصى للفقهاء فهو لمن يعلم أحكام الشرع من كل نوع شيئاً، وقال المتولي: المرجح فيه للعادة فمن سمي فقيهاً يكون محلاً لوضع الوصية فيه، وقد حكاه الرافعي عنهما في كتاب الوصية. وقال الخوارزمي في الكافي في كتاب الطلاق: لو قال إن كان فلان فقيهاً فامرأتي طالق، ما إن أراد ما يسمى فقيهاً في العادة، وأطلق لم يرد شيئاً فينصرف إلى من يسمى فقيهاً، وعالماً في العادة. وإن أراد الفقه الحقيقي فلا تبع فيما بينه وبين الله تعالى إلى آخر ما ذكره في الخادم بطوله وسبقه الشيخ الأسنوي إلى معظم ما نقله.

لم يصحِّح الوقْف على الصُّوفية أصلاً؛ إذ ليْسَ للتصوُّف حَدٌّ يوقَفُ عليه، والمشهورُ الصحَّة، وهُمُ المشتغلون بالعباداتِ في أغْلَب الأوْقَات المعْرِضُون عن الدنيا.

وفَصَّل صاحبُ الكتاب في «الفتاوَىٰ» فقَال: لا بُدَّ في الصوفيِّ من العدالة ومن تركِ الحرفة، نعم، لا بأسَ بالوِرَاقة والخِيَاطة، وما يشبههما إذا كان يتعاطَاها أحْيَاناً في الرِّبَاط لا في الحَانُوت، ولا تَقْدَحُ قدرَتُه على الاكتساب ولا الاشتغال بالوَعْظ والتَّدْريس، ولا أن يكونَ له من المالِ قدر ما لا تجبُ فيه الزكَاةُ، أو لا يفي دخوله بخرجه، ويقْدَحُ الثروة الظاهرة، والعُرُوضُ الكثيرة.

قال ولا بُدَّ، وأن يكون في زيِّ القَوْم إلا إذا كان مُسَاكناً لهم في الرِّباط، فيقوم المخالطة والمساكنة مَقَامَ الزِّيِّ.

قال: ولا يُشترط لُبْسُ المرقَّعة من يد شيخٍ، وكذلك ذكر المتولِّي.

ولو وَقَف على الأرِقَّاء الموقوفين لسَدانَة الكعبة وخِدْمة قبر رسول اللَّه ﷺ ففِي بعْض الشُّرُوح أنَّ أصحَّ الوجهَيْن جوازُه؛ كالوقْفِ علَىٰ علَف الدواب في سَبيل اللَّه.

ولو وقَف على دارٍ وحانوتٍ، قال أبو عَبْدِ اللَّهِ الحناطيُّ: لا يصحُّ إلاَّ أن يَقُول: وقَفْتُ على هذه الدَّار علَىٰ أنْ يأكل فوائده طارقوها، فيصحُّ على أظهر الوجْهَيْن، ولو وقَف على المَقْبرة لتصرف الغَلَّة إلَىٰ عمارة القبور، قال في «التتمة»: لا يجوزُ؛ لأنَّ الموتَىٰ صائرُونَ إلى البِلَىٰ، والعمارة لا تلائمُ حالَهُمْ[1].

قَالَ الغَزَالِيُّ: الرُّكْنُ الثَّالِثُ: الصِّيغَةُ وَلاَ بُدَّ مِنْهَا، فَلَوْ أَذِنَ فِي الصَّلاَةِ فِي مِلْكِهِ لَمْ يَصِرْ مَسْجداً، وَكَذَا إِذَا صَلَّىٰ مَا لَمْ يَقُلْ: جَعَلْتُهُ مَسْجِداً، ولِلصِّيغَةِ مَرَاتِبُ: (الأُولَىٰ) قَوْلُهُ: وَقَفْتُ وَحَبَسْتُ وَسَبَلْتُ وَكُلُّ ذَلِكَ صَرِيحٌ. (الثَّانِيَةُ) قوله: حرَّمْتُ هَذِهِ البُقْعَةَ وَأَبَّدتُهَا إِنْ نَوى الوَقْفَ فَهُوَ وَقْفٌ، وَإِنْ أَطْلَقَ فَوَجْهَانِ. (الثَّالِثَةُ) قَوْلُهُ: تَصَدَّقْتُ بِهَذِهِ البِقْعَةِ وَهِيَ بِمُجَرَّدِهَا لَيْسَ بِصَرِيحٍ، فَإِنْ زَادَ وَقَالَ: صَدَقَةٌ مُحَرَّمَةٌ لاَ تُبَاعُ وَلاَ تُوهَبُ صَارَ وَقْفاً (و)، فَإِنِ اقْتَصَرَ عَلَىٰ المُحَرَّمَةِ أَوِ اقْتَصَرَ عَلَىٰ مُجَرَّدِ النِّيَّةِ فَوَجِهَانِ، إلاَّ إِذَا عَيَّنَ شَخْصاً وَقَالَ: تَصَدَّقْتُ عَلَيْكَ لَمْ يَكُنْ وَقْفاً (و) بِمُجَرَّدْ النِّيَّةِ بَلْ يَنْعَقِدُ فِيمَا وَهُوَ التَّمْلِيكُ.

---

(١) ما أطلقه مخصوص بغير الأنبياء والعلماء والصالحين، ولهذا قال الشيخان في باب الوصية: تجوز الوصية بعمارة قبور الأنبياء والعلماء والصالحين لما فيه من إحيائها بالزيارة والتبرك. قال في الخادم: هذا ظاهر فيما ثبت كونه قبر نبي، أو ولي، دون ما شك فيه أو استفاض بلا أصل.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لا يصحُّ الوقْفُ إلاَّ باللَّفْظُ[١]؛ لأنه تَمْلِيكُ منفعةٍ أو عين منفعه، فأشْبه سائرَ التَّمْلِيكات، وأيْضاً، فالعِتْق لا يحْصُل إلا باللفظ مع سرعة نفوذه، فالوَقْفُ أولَىٰ. وعلَىٰ هذا، فلو بنَىٰ بناءً علىٰ هيئة المساجد، أو علَىٰ غير هيئتها، وأذن في الصَّلاة فيه، لم يَصِرْ مسْجداً، وكذا لو أذنَ في الدَّفْن في ملكه، لم يصر مقبرةً، سواءٌ صلَّى في ذَلك أو دفن في هذا، أو لَمْ يفعل.

وقال أبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: إذا صلَّى فيه، صار مَسْجِداً، وإذَا دُفِنَ في المَوْضع ميِّتٌ واحدٌ صار مقبرةً، وتَمَّ الوقف. وقوله: «ما لم يَقُلْ جعلْتُه مسْجِداً» ظاهر في أنَّه إذا أتَىٰ بهذا اللفظ يصير مسْجِداً، وإن لم يوجَدْ فيه شيْءٌ من ألفاظ الوَقْفِ الَّتي سنَذْكُرها. بل حكَى الإمَامُ أَنَّ الأَصْحَابَ تردَّدوا في آستعمالِ لَفْظ الوقف فيما يضَاهِي التجريد كما إذا قال مالكُ البقْعة: وقَفْتُها علَىٰ صلاةِ المصَلِّين، وهو يبغي جعْلَهَا مَسْجِداً. وفي «التهذيب» و«التتمة»: أنَّ المَكَانَ لا يصيرُ مَسْجداً بقوله: جعلْتُه مسّجداً؛ لأنه لم يوجَدْ شيْءٌ من ألفاظ الوقْف، وبه أجاب الأستاذُ أبو طاهر، قال: لأنَّه وصفه بما هو موصوفٌ به، قال رسول الله ﷺ «جُعِلَتْ لِيَ الأَرْضُ مَسْجِداً»[٢].

نَعَمْ، لو قال: جعَلْتُهُ مسْجِداً للَّه [عزَّ وجلّ] يصيرُ مَسْجِداً، وهذا ذَهَابٌ إلَىٰ أنه لا بُدَّ من لفظ الوقْف، فانظر ما بين الكلامَيْن من التباعُدِ.

والأشْبهُ أنَّه لا بأْسَ بآستعمال لفظ الوقف، وأنَّ قوله: «جعلْتُه مسْجداً» يقوم مقامه؛ لإشعاره بالمقصود واشتهاره فيه، إذا عرَفْتَ ذلك، فلنتكلم في إيجاب الوَقْف، ثم في قبوله. أمَّا الإيجابُ، فإنه جعَلَه علَىٰ مراتب.

إحداها: أن يقول: وقفتُ كذا أو حبَّسْتُ أو سَبَّلت أو أرْضِي موقوفةٌ أو محبسةٌ أو مسبلةٌ، فكل ذلك صريحٌ؛ لكثرةِ آستعمالِهِ، وآشتهارِهِ شَرْعاً وعُرْفاً، وقد روَيْنا في حديث عُمَرَ ـ رضي الله عنه ـ أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال «حَبِسُ الأَصْلِ وَسَبِلُ الثَّمَرَةِ». هذا ظاهرُ المذْهَب. وعن الإصْطَخْرِيِّ: أنَّ التحبيسَ والتَّسْبِيل كنايتان؛ لأنَّهما لم يشتهرا اشتهارَ الوَقْف. وعنه رواية أخرَىٰ: أنَّ التحبيسَ صَرِيحٌ، والتَّسْبيلَ كنايةٌ؛ لأنَّ التسبيل من السبيل، وهو مُبْهمٌ، والتَّحْبِيسَ حَبْسُ المِلْكِ في الرقبة عن التصرُّفات المُزِيلة، وهو معنَى الوَقْف.

---

(١) يستثنى من ذلك ما إذا بنى مسجداً في موات ونوى به المسجد فإنه يصير مسجداً ولم يحتج إلى قول، قاله الماوردي والروياني قالا: لأن الفعل مع النية يغنيان عن القول، وخالف الفارقي ذلك ومحل ما ذكره الشيخ في الناطق أما الأخرس فيصح منه بالإشارة.

(٢) تقدم في التميم.

وروايةٌ أُخرَىٰ رواها أبو الفرج السَّرْخَسِيُّ في «الأمالي» أنَّ شيئاً منها ليس بصريح، بل لا بدَّ من ضم النية إلَىٰ ما يستعمله فيها، أو الجمع بيْن لفظتين منها، أو التأكيد بقوله: «لا تُباعُ ولا تُورَثُ»، ويشهد لهذا على غرابته أن القاضِيَ ابْنَ كج حكى عن أبي حامد، وأبي الحُسَيْن وجهين في الألفاظ الثَّلاثة، هل هي صريحةٌ؟ ويتحرَّر من هذه الروايات فيها أربعةُ أوجُهٍ الكلُّ صريحٌ، الكلُّ كنايةٌ، الصريحُ الوقْفُ وحده، الكنايةُ التَّسْبيل وحده.

الثانية: لو قال حرَّمت هذه البقْعة للمساكين، أو أبَّدتُّهَا، أو داري محرَّمةٌ أو مُؤبَّدةٌ.

فإن جعْلنا الألفاظَ السابقةَ كناية فكذلك ههنا وإن جعلناها صريحةً، فوجهان:

أحدُهُمَا: أنَّ التحريمَ والتأبيدَ أيضاً صريحان؛ لإفَادَتهما الغَرَضَ أيضاً، واستعمالِهما في التحبيس والتَّسْبيل وأشهرهما المَنْعُ؛ لأنهما لا يُسْتَعْمَلاَن مسْتَقِلَّيْنِ، وإنَّما يؤكَّد بهما شيْءٌ من الألفاظ المقدَّمة.

المرتبة الثالثة: قوله «تصدقت بهذه البقعة» ليس بصريح، فإنَّ هذا اللفظَ على تجردهِ إنَّما يستعمل في التَّمْليك المحضِ، فإنْ زِيدَ علَيْه شيْءٌ، فتلك الزيادةُ إمَّا لفظٌ أو نيةٌ. أمَّا اللفظُ، ففيه وجوه:

أظهرهما: أولها أنَّه، إذا اقترن به بعضُ الألْفَاظ السَّابقة؛ بأن قال: صدَقَةٌ محرمةٌ أو محبسةٌ أو موقوفةٌ أو قرن به ذكر حُكْمُ الوقْف؛ بأن قال: صدقةٌ لا تُبَاع، ولا تُوهَبُ، التحق بالصُّرَاحِ؛ لأنصرافه بما ذكر عن التمليك المحْض.

والثاني: أنه لا يكْفِي قولُه: صدقةٌ محرَّمةٌ أو مؤبَّدةٌ، بل لا بُدَّ من التقييد بأنَّها لا تُبَاع ولا تُوهَبُ، ويُشْبِه ألاَّ يعتبر هٰذا القائل في قوله: صدقةٌ موقوفةٌ مثْل هذا التَّقْيِيد، وأنَّ هذا قَوْلُ مَنْ ذَهَب إلَىٰ أنَّ التحريمَ والتأبيدَ ليْسَا بصريحَيْن.

والثالثُ: أنَّ لفْظاً ما لا يُلحِقُهُ بالصريح؛ لأنَّه صريحٌ في التمليك المحضْ الذي يُخَالِف مقصودُهُ مقصودَ الوَقْف فلا ينصرفُ إلَىٰ غيره بقرينةٍ لا استقْلالَ لها.

ويجوزُ أن يُعْلَم لهذا قوله: «صَارَ وقْفاً» بالواو.

وأمَّا النِّيَّة، فيُنْظر؛ إن أضاف اللفظ إلى جهةٍ عامَّةٍ بأن قال: تصدَّقْت بهذا على المسالِكين، ونَوَى الوقف، فوجهان:

أحدهما: أنَّ النيَّة لا تلتحق باللفظ في الصَّرْف عن الصريح إلَىٰ غيره.

وأصحُّهما: أنها تلْتَحِق، ويكُون وقْفاً، وإنْ أضاف إلَىٰ معيَّن، فقال: تصدَّقْتُ عليك، أو قاله لجماعةٍ معيَّنين، لم يكن وقْفاً على الأصحِّ، [هكذا] قاله الإمامُ، بل ينفذ

فيما هو صريحٌ فيه، وهو محضُ التمليك، وفيما ذكَره دلالةٌ على أن ههنا خلافاً أيْضاً، فيجوزُ أنْ يُعْلَمَ كذلك قوله: «لم يكُنْ وقفاً». بالواو.

ثم لك أن تقول تجريد لفظ الصَّدَقَة عنِ القرائنِ اللَّفظِيَّةِ، إن أمكن فرضُه في الجِهَاتِ العامَّة مثل أن يقول: تصدَّقْت به علَىٰ فقراء المسلمين، فلا يمكن فرضُهُ في التصدق على شخص، أو جماعة معيَّنين، إذا لم يَجوُزْ الوَقْفَ المنْقَطِع، فإنَّهُ يحتاجُ إلَىٰ بيان المصَارِفَ بَعْد التعيين، وحينئذٍ فالمأتى به لا يحتمل إلاَّ الوقْفَ، كما أنَّ قولَهُ: تصدَّقت به صدقةً محرمةً، أو موقوفةً لا يَحْتَمِلُ إلاَّ الوَقْفَ.

وقوله في الكتاب: «إلاَّ إذا عيَّن شخصاً وقال: تصدَّقْتُ عليك» ينصرف إلى الصُّورة الثانيَةِ، وهي ٱلاقْتِصَارُ عَلَىٰ مجرَّد النية.

فأمَّا في القرينة اللفظيَّة، فلا فرْقَ بيْن أن يضيف التصدُّق إلَىٰ معيَّن، أو إلَىٰ جهةٍ عامَّة. وقولُه: «لم يكنْ وقْفاً بمجرَّد النية» [أي] لو صرح بمجرَّد النِّية، لم يضر.

قَالَ الغَزَالِيُّ: أَمَّا المَوْقُوفُ عَلَيهِ إنْ قَالَ: رَددَتُّ الوَقْفَ ٱرْتَدَّ (و)، وإنْ سَكَتَ فَفِي ٱشْتِرَاطِ قَبُولِهِ وَجْهَانِ، وَأَمَّا البَطْنُ الثَّانِي فَلاَ يُشْتَرَطُ قَبُولُهُ (و)، وَفِي ٱرْتِدَادِهِ عَنْهُ بَرِدِّهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أَمَّا طُرُقُ القَبُولِ، فإنْ كان الموقف علَىٰ جهةٍ عامةٍ كالفقراء، أو على المَسْجد والرِّبَاط، فلا يشترط لعَدَم الإمكان، ولم يَجْعَلُوا الحاكمَ نائباً في القَبُول كما جعل نائباً عن المُسْلمين في ٱستيفَاء القِصَاصِ والأموال، ولو صارُوا إليه، لكان قريباً ثم ما ذكرناه مفروضٌ في الوقْف، فأمَّا إذا قال: جعلْتُ هذا للمسجد.

فهو تمليكٌ لا وقْفٌ، فيشترط قبول القيِّم وقبْضه، كما لو وَهَب شيئاً من صبيٍّ، وإنْ كان الوقْفُ علىٰ شخْصٍ معيَّن، أو جماعةٍ معيَّنين، فوجهان:

أصحُهما: على ما ذكَره الإمَامُ وآخرون: ٱشتراطُ القَبُول؛ لأنَّهُ يَبْعُدُ دخُولُ عيْن، أو منفعةٌ في ملْكِه منْ غَيْر رضاه.

وعلَىٰ هذا، فليكنْ متَّصِلاً بالإيجاب كَمَا في البَيْع والهبَة.

والثاني: أنَّهُ لا يشترط، واستحقاقُ الموقوفِ عَلَيْه المنفعةَ كٱستحقاق العتيق منفعةَ نَفْسِه، وبهذا أجاب صاحِبُ «التهذيب»، وكذا القاضِي الرُّويانيُّ قال: لا يحتاجُ لزومُ الوقْفِ إلَىٰ القَبُول، ولكنْ لا يملك غلته إلاَّ بٱلاَخْتيار، ويكفي الأخْذُ دليلاً عَلَىٰ ٱلاَختيار، وخصَّص في «التتمة» الوجهَيْن بما إذا قلْنا: إنَّ المِلْكَ في الوقْف ينتقل إلَىٰ الموقُوف علَيْه، فأمَّا إذا قلْنا: بأنتقاله إلى اللّهِ ـ تعالى ـ أو ببقائه للوَاقِف، فلا يُشْتَرَط.

أمَّا علَىٰ التقْدير الأوَّل، فإلحاقاً له بالإعتاق، وأمَّا علَى الثَّاني، فإنَّه إذا ٱحتمل كونُ المنافع، والفوائدُ معدومة ومجهولة، لم يبعد أن يحتمل ترك القبول، وسواءٌ شرَطْنا القَبُول أو لم نَشْرِطْه، فلو ردَّ، بَطَلَ حقُّه، كما في الوصيَّة، وكما أنَّ الوكالَة تردُّ بالردِّ، وإن لم يشترطِ القبولِ، ووفَّى صاحبُ «التهذيب» بتشبيهه بالعِتْق، وقال: إنَّه لا يرتدُّ بردِّه، وإذا ردَّ، ثم رجع، قال القاضي الرُّويانيُّ: إنْ رجَع قبْل حُكْم الحاكم بردِّه إلى غيره، كان له، وإنْ حَكَمَ الحاكمُ به لغيره، بَطَلَ حقُّه، هذا في البطن الأول.

أمَّا البَطْنُ الثَّاني والثالثُ، فلا يُشْترط قَبُولُهم فيما نقله الإمامُ وصاحبُ الكتابِ؛ لأنَّ ٱستحقاقَهُم لا ينقل بالإيجاب، وذكروا أنَّ في ٱرتداده بردِّهم وجهَيْن؛ لأنَّ الوقْف، قد ثَبَت ولَزِم، فيبْعُد ٱنقطاعُهُ.

وأجْرَىٰ أبو سعيدٍ المتولِّي الخلافَ في أنَّه، هَلْ يُشْتَرط قَبُولهم، وهل يرتد بردِّهم بناءً على أنَّهم، هل يتلقَّونَ الحقَّ من الواقف أو من البطَنْ الأوَّل؟ إنْ قلْنا بالأول، فقَبُولهم وردُّهم كقَبُول الأوَّلين وردِّهم.

وإنْ قُلْنا بالثَّاني، لم يعتبر قَبُولُهم ورَدُّهم، كما في المِيرَاث، وهٰذا أحسن، ولا يبعد ألاَّ يتصَّل ٱلأستحقاق بالإيجاب، ومع ذلك يعتبر القبول، كما في الوصيَّة.

قَالَ الغَزَالِيُّ: الرُّكْنُ الرَّابعُ فِي الشَّرَائِطِ وَهِيَ أَرْبَعٌ الأوْلَى: التَّأْبِيدُ فَإذَا قَالَ: وَقَفتُ سَنَةً فَهُوَ بَاطِلٌ. كَالهِبَةِ المُؤَقَّتَةِ، وَفِي الوَقْفِ المُنْقَطِعِ آخِرُهُ قَوْلاَنِ، كَمَا لَوْ وَقَفَ عَلَىٰ أَوْلاَدِهِ وَلَمْ يَذْكُرِ مَنْ يُصْرِفُ إِلَيْهِ بَعْدَهُمْ، فَإِنْ قُلْنَا بِالصِّحَّةِ فَقَوْلاَنِ فِي أَنَّه هَلْ يَعُودُ مِلْكاً إِلَى الوَاقِفِ أَوْ إِلَىٰ تَرِكَتِهِ بَعْدَ ٱنْقِرَاضِهِمْ؟ فَإِنْ قُلْنَا: لاَ يَعُودُ فَيُصْرَفُ إِلىٰ أَهَمِّ الخَيرَاتِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ لِأَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيْهِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ لِلمسَاكِينِ (و)، وَقِيلَ: إِنَّهُ لِلمَصَالِحِ إِذْ أَهَمُّ الخَيْرَاتِ أَعَمُّهَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ضَمَن هذا الركْنَ شروطَ الوَقْف، وهيَ علَىٰ ما عَدَّها أربعةٌ:

أحدُها: التأبيد؛ وذلك بأنْ يَقِفَ عَلَىٰ من لا ينقرض؛ كالفُقَراء والمساكِين، أو على من ينقرض، ثم يردّه إلَىٰ من لا ينقرض كما إذا وقف علَىٰ ولَدِه ثم علَى الفُقَراء والمساكين أو علىٰ رَجُلٍ ثم على عقبه، ثم على الفقراءِ، والمَسَاجد، والقَنَاطر، والرِّبَاطات كالفُقَراء والمَسَاكِين، وإن عيَّن مساجدَ أو قناطِرَ، فوجهان.

وفي معْنَى الفقراء العُلَماء، وفي فتاوَىٰ القفال خلافٌ؛ لأنَّهُمْ قد ينقطعون، وفي الفصْل مسألَتَان:

الأوْلَىٰ: إذا قال: وَقَفْتَ هذا سَنَةً، فعنْ بعضهم وجهٌ ضعيفٌ أنَّه يصحُّ، وينتهي

الوقْفُ بِانْتهاءِ المدَّة. والمذهَبُ المشهورُ أنَّ الشَّرْطَ فاسِدٌ، وكذلك أصْل الوَقْف.

ومنْهم مَنْ قال: إنَّ الوقْفَ الَّذي لا يُشْتَرَطُ فيه القَبُولُ لا يفْسُد بالتأقيت كالعِتْق، وبِهِ قالَ الإمَامُ، ومَنْ تابعه، وفي مطْلَق الوقْف قولٌ آخر، سنحكيه في الهبة، إنْ شاءَ الله تعالَىٰ.

المسألة الثانية: إذا قالَ: وقَفْتُ علَىٰ أولادِي، ولم يذكُرْ من يُصْرَفُ إليه بعدهم، أو قال: وقَفْتُ على زَيْدٍ، ثم علَىٰ عَقِبِهِ، ولم يَزِدْ عليه، ففيه قولان:

أحَدُهُمَا: وهو المنصوصُ في «المختصر» وبه قال مالكٌ: أنَّه صحيحٌ؛ لأنَّ مقصودَ الوَقْف القربةُ والثَّوَابُ، فإذا بَيَّن مصرفه في الحال، سَهُل إدامَتُهُ على سُبُل الخير.

والثاني: ويُحْكَىٰ عن نصه في حرملة مع الأَوَّل: أنَّه باطلٌ؛ لأنَّ شَرْطَ الوقف التأبيدُ، وإذا لم يردَّه إلى ما لا يدُومُ، لم يؤبِّدْه، فكان كما لو قال: وقفتُهُ سنةً، وفي «التتمة» بناءُ القولَيْن علَىٰ أنَّ البَطْنَ الثَّاني يتلَقَّوْن الوقْف من الواقف، أو مِنَ البطْنِ الأَوَّل، إن قلْنا بالأول، فلا بدَّ من بيان ينتهي الاستحقاقُ إلَيْه.

وإن قلنا بالثاني، فلا حاجة إلَيْه، وفي هذا البناءِ كلامَان:

أحدُهُمَا: أنَّ قضيته ترجيح قَوْل البُطْلان؛ لأنَّ قَوْلَ التلقِّي من الواقِف أرْجَحُ وأصحُّ، وإلَىٰ ترجيحه ذهَبَ المَسْعُودِيُّ والإمَامُ، لكنَّ الأكثرين قالُوا: أصحُّ القولَيْن صحَّةُ الوقْف؛ مِنْهم القضاة أبو حامدٍ والطبريُّ والرُّويانيُّ.

والثاني: أن بناء قَوْلِ المنْع عَلى التلقِّي من الواقف، إن ظهر بعْض الظهور، فبناء قول الصِّحة على التلقِّي من البطْن الأوَّل لا ظهور له، ولا اتجاه؛ لأنَّهم لا يتلَقَّوْنَ الحقَّ إلى المتلقِّين منهم، وليس ذلك علَىٰ سبيل الإرْث، فإنَّ المَصْرُوف إلَيْهم ليْسُوا بورثةِ الأوَّلِين. وعنْ صاحبِ «التقريب» قولٌ ثالثٌ في المسألة ـ وهو الفَرْقُ بيْن أنْ يكونَ المَوْقُوفُ عَقَاراً، فلا يجوز إنشاؤُهُ منْقَطِع للآخر أو حيواناً، فيجوز، لأنَّ مصير الحيوان إلى الهلاك وكما يجوز فوات الموقوف مع بقاء المَوْقُوف عَلَيْه يجوز فوات الموقُوف علَيْه مع بقاء المَوْقُوف.

التفْريعُ: إن قلْنا بالصِّحَة، فإذا انقرضَ مَنْ ذَكَره، فقولان:

أحدُهُمَا: إنَّه يرتفع الوقْف، ويعود ملْكاً إلى الواقف، أو إلَىٰ ورثته، إن كان قَدْ مَات، لأنَّ إبقاءَ الوقْف بلا متصرف متعذِّرٌ، وإثبات مصرف، لم يتعرَّض له الواقفُ، بَعِيدٌ، فيتعيَّن ارتفاعه، ويُحْكَىٰ هذا عنِ المُزَنِيِّ.

وأصحُّهُمَا: أنَّه يبقَىٰ وقْفاً؛ لأنَّ وضْعَ الوقْف علَىٰ أنْ يدُومَ، ويكون صدقة

جارية، وذلك بما ينافيه الحكم بانقطاعه، وأيضاً، فإنَّه صرف ماله إلىٰ جهة قربة، فلا يَعُودُ ملكاً، كما لو نَذَر هَدْياً إلى «مكَّة» فلم يقبله فقراؤها. وقوله في الكتاب: «فقَوْلاَن في أنَّه، هَلْ يعودُ مِلْكاً إلى الوَاقِف أو إلى ورثته» أراد ويبقى وقْفاً ذكر أحد القَوْلَيْن وترك الآخر. التفريعُ: إنْ قلْنا: إنَّه يبقى وقْفاً، ففي مصرفه أوجُهٌ، وقال: أقوال: قال الإمامُ: ولعلَّها من تخريجات ابْنِ سُرَيْج.

أصحُّها: وهو المنصوصُ في «المختصر»: أنه يُصْرَفُ إلَىٰ أقْرب النَّاس إلى الواقف يَوْمَ الانقراض المذكور[1]؛ لأنَّ الصدقةَ على الأقارب أفْضَلُ؛ لِمَا فيه من صِلَةِ الرَّحم، فكان الصَّرْف إليهم أوْلَىٰ.

والثاني: أنَّهُ يُصْرَفُ إلى المساكين؛ لأنَّ سَدَّ الخَلاَّتِ[2] أهمُّ الخيرات.

والثالثُ: أنَّهُ يُصْرَف إلى المصالحِ العامَّةِ مصارفِ خُمُسِ الخُمسِ، فإنها أعمُّ الخيراتِ، والأعمُّ أهَمُّ.

والرابعُ: أنَّهُ يصرف إلى مستحقِّ الزكاة، حكاه في «شرح مختصر» الجوينيِّ وقوله في الكتاب «فيصرف إلَىٰ أهمِّ الخيراتِ» ليس هذا وجْهاً برأسِه مضموماً إلى ما بعده، بلِ المرادُ أنَّا إذا لم نَجِدْ بُدّاً منْ إبقاء الوقْف، وجب إبقاؤه في أهمِّ المصارف.

واخْتَلَفَ الرَّأيُ فِي أنَّ الأهم ماذا؟

التفريعُ: إنْ قلْنا: إنَّهُ يُصْرَفُ إلَىٰ أقرب النَّاس إلى الواقف، فالنظر إلى قربِ الرحمِ أو استحقاقِ الإرْث؟ فيه وجهان:

أصحُّهُمَا: الأوَّل حتَّى يتقدَّم ابْنُ البنْت على ابْنِ العم؛ لأنَّ المرعىٰ صلةُ الرَّحِم، وإذا الجامع جماعةٌ، فالقول في الأقرب علَىٰ ما سيأتي في الوصيَّة للأقرب ـ إن شاء الله تعالى ـ وهل يختص الفقراء بالصَّرْف إليهم، أو يشتركُ فيه الفقراءُ والأغنياءُ، قال في «حرملة»: يختصُّ، وأطلق في «المختصر» الصرف إلى الأقرب، فجعلوهما على قولَيْن:

أحدهما: أنَّهُ لا اختِصَاصَ؛ لأنَّ الوَقْفَ لا يختصُّ بالفقراء، ولهذا لو وَقَفَ على

---

(١) لأن الصدقة على الأقارب من أفضل القربات. فإن قيل الزكاة وسائر المصارف الواجبة عليه شرعاً لا يتعين صرفها ولا الصرف منها إلى الأقارب، فهلا كان الوقف كذلك؟
أجيب بأن الأقارب مما حث الشارع عليهم في تحبيس الوقف لقوله ﷺ لأبي طلحة «أرى أن تجعلها في الأقربين» فجعلها في أقاربه وبني عمه.
وأيضاً الزكاة ونحوها من المصارف الواجبة لها مصرف معين فلم تتعين الأقارب، وهنا ليس معنا مصرف متعين، والصرف إلى الأقارب أفضل فعيناه.

(٢) في ز: الحاجات.

أولادِهِ، دَخَلَ فيه الغَنِيُّ والفقير. **وأصحُّهما**: الاختصاصُ؛ لأنَّ المقصد القربةُ والثوابُ، وعن ابن سُرَيْج القَطْعُ بالثَّاني، وحمل المطْلَق على المقيَّد، وإذا قلنا بالاختصاص، فهو علَىٰ سبيل الوجُوب أوِ ٱلاَستحبابِ(١). حكَىٰ أبو الفرج السَّرْخَسِيُّ فيه وجهَيْن.

وإن قلْنا: بالصَّرْف إلى المساكين، ففي تقديم جيران الواقِفِ وجْهان:

أشبَهُهُمَا: المَنْعُ؛ لأنا لو قدَّمنا بالجوار، لقدَّمنا بالقرابة بطريقِ الأوْلَىٰ أو التفريعُ علَىٰ غيره. ولو قَالَ: وَقَفْتُ هذا عَلَىٰ زَيْدٍ شهراً عَلىٰ أن يعود إلَىٰ مِلْكي بعد الشهر، فالمَذْهَبُ بطلانهُ وفيه قول آخَرُ؛ أنَّهُ يصحُّ، وعلى هذا فيعودُ مِلْكاً بعد الشهر، أو يكونُ كالوقْف المنقطعِ الآخر، حتى يُصْرَفُ بعدْ الشهر إلَىٰ أقرب الناس إلى الواقِفِ.

قال صَاحِبُ «التَّهذيب»: فيه قولان؛ [والله أعلم].

قَالَ الغَزَالِيُّ: الثَّانِيَةُ: التَّنْجِيزُ فَإِذَا قَالَ: إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ فَقَدْ وَقَفْتَ لَمْ يَصِحَّ (و) فَإِنَّه تَعْلِيقٌ كَمَا فِي الْهِبَةِ، وَلَوْ قَالَ: وَقَفْتُ عَلَىٰ مَنْ سَيُولَدُ مِنْ أَوْلاَدِي فَهُوَ مُنْقَطِعِ الأَوَّلِ فَقَوْلاَنِ كَمُنْقَطِعِ الآخِرِ، وَقِيلَ: يَبْطُلُ قَطْعاً لِأَنَّهُ لاَ مَقَرَّ لَهُ فِي الحَالِ، وَإِنْ صَحَّحْنَا فَإِذَا وَقَفَ عَلَىٰ عَبْدِهِ أَوْ عَلَىٰ وَارِثِهِ وَهُوَ مَرِيضٌ ثُمَّ بَعْدَهُ عَلَى المَسَاكِينِ فَهُوَ مُنْقَطِعُ الأَوَّلِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في الفصْل مسأَلَتَانِ يقْتَضِي الشَّرْح تقديمَ الأخيرةِ منْهُمَا، فنُقَدِّمها فنقول:

[**المسألةُ الأُولَىٰ، وهي الثانية**:] إذا قَال: وقَفْتُ عَلَىٰ من سيُولَدُ لي، أو على مسْجِدٍ سيُبْنَىٰ، ثم على الفقراء، أو قال: على ولدي وبعْده على الفُقَراء، ولا وَلَدَ له، فهذا وقْفٌ منقطعُ الأوَّل، وفيه طريقان:

أحدهُمَا: وبه قال ابنُ أبي هُرَيْرَةَ أنَّه على القولَيْن في منقطع الآخر.

قال في «التتمة»: وهُمَا مبنيَّان علَىٰ أنَّ البَطْنَ الثَّانِيَ ممَّن يتلقَّوْن، إنْ قلنا: في البطن الأوَّل، لم يصحَّ؛ لأنَّ الأوَّلَ إذا لم يثبُتْ له شيْءٌ، ٱسْتَحَال والتَلَقِّي منه.

وإنْ قلْنا: من الواقف، فهو على الخِلاَفِ في تفْريق الصَّفْقَة.

والثَّاني: وبه قال أبو إسحاق: القَطْع بالبُطْلاَن، والفَرْقُ بينه وبين منقطِعِ الآخرِ؛ أنَّ متَّصِلَ الأوَّل وجد مُستَحَقّاً وٱبتداءً صَحِيحاً يُبْنَىٰ عليه الأخير بخلافِ العَكْس، ولهذا يقال في منقطعِ الأوَّل قولان مرَّتبان على القولَيْن في منْقَطِع الآخر، أولَىٰ بالبُطْلاَن.

ورأى الإمام عكس هذا التَّرتيب، وإن منقطع الآخِر أولَىٰ بالبطلان؛ لأنَّ وضْعَ

---

(١) لم يرجع المصنف فيهما شيئاً وصحح السبكي الوجوب وتبعه الأذرعي والزركشي.

الوقْف علَىٰ أنْ يدُومَ، وليْسَ في منقطع الأوَّل إلاَّ أن مصرفه منتظر وسواءٌ أثبتنا الخلافَ في المَسْأَلة، أو لَمْ نثبته، فالظاهر البطلان، وهي المنصوصُ في رواية المُزَنِيِّ.

والثاني: يقال: إنَّه مخرَّج منقَطِع الآخر، ويقال: إنَّه منصوصٌ في حرملة التفْريعُ: إنْ قلْنا بالصحَّة، نُظِر؛ إن لم يمكن انتظارُ ما ذكره كما إذا أوقَفَ علَىٰ ولده، ولا وَلَدَ له، أو علَىٰ مجهولٍ، أو ميت، ثم على الفقراء، فهو في الحَالِ مصروف إلى الفُقَرَاء، وذِكْرُ الأوَّل لَغْوٌ، وإن أمكن، إمَّا انقراضاً، كما لو وقَف علَىٰ عبد، ثم على الفُقَراء، وإمَّا حُصُولاً، كما لو قال وقفتُ علَىٰ من سيولَدُ لي، ففيه وجهان.

أحَدُهُمَا: أنَّ الغلَّة مصروفةٌ إلى الواقف حتَّى ينقرض الأوَّل؛ لأنه لم يثبُت ٱلاَستحقاق التالي إلاَّ بَعْدَ الأوَّلَ، والأوَّل لا يُمْكن ثبوت الاستحقاق له فيبقى للواقف، وعلى هذا ففي ثبوت الوقف في الحال وجهان.

أحدهما: ثبت لأن نجزه ولكن يتأخر الاستحقاق، والثاني لا يثبت، بلْ هو ملك، وسبيله سبيل المعلَّق عتقه بصفة.

وأظْهَرُهُمَا: أنَّه إذا صحَّ الوقْفُ، انقطعتِ الغلة عنِ الواقف، وعلَىٰ هذا، فثلاثةُ أوجُهٍ فيمن تُصْرَف إليه:

أَرْجَحُهَا: أنَّه يُصْرَف في الحال إلَىٰ أقربِ النَّاسِ إلى الواقف، فإذا انقرضَ المذكورُ أوَّلاً، يصرف إلى المذكورِينَ بعده، وعلىٰ هذا، فالقولُ في ٱشتراطِ الفقر وسائرِ التفاريعِ على ما سَبَق.

وثانيها: أنَّه يُصْرَفُ إلى المذْكُورِين بعْده منْ أوَّلِ ما وَقَفَ، كما لو كان الأول فمن لا يمكن اعتبارُ انقراضِهِ.

وثالثها: أنَّهُ للمصَالِح العامَّة.

ولو وقف علَىٰ وارثه في مرضِ المَوْت ثم على الفُقَراء، وقلْنا: إنَّه غَيْرُ صَحِيحٍ، أو صحيحٌ، وردَّه باقي الورثة، فهو وقْفٌ منقطعُ الأوَّل، وكذلك إذا وقَف علَىٰ معيَّنٍ، يصحُّ الوقْفُ عليه، ثم على الفُقَراء، فردَّه ذلك المعيَّن، وقلنا بالصحيح، وهو أنَّه يرتدُّ بالردِّ.

المسألة الثانية: **وهو الأولىٰ**: إذا علَّق الوقْفَ، فقال: إذا جاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ، أو قَدِمَ فلانٌ، فقد وقَفْت كذا، لم يصحَّ، تعليق البيع ـ والهبة ـ.

وعن بعض الأصحاب تخريجُهُ علَى الخلاف المذْكُور فيما إذا وقَفَ علَىٰ مَنْ سَيُولَدُ له، قالوا: والتصريحُ بالتعليق أولَىٰ بالفساد والله أعلم. واعْلم، أنَّ التعليق في هذه المسْألة مُصرَّحٌ به، وفي الأولَىٰ ضِمْنِيٌّ، فلهذه المناسبة جمع بين المسأَلَتَيْنِ،

وكذلك المسألَتَانِ فِي الشَّرْط الأوَّل، والتأقيت في قوله: «وقفت سنَةً» فصرَّح به، وفيما إذا قال: وقفتُ على فلان، واقتصر عَلَيْهِ، ضِمْنيٌّ، وأن للوقْف وراءَ انقطاعِ الآخر مع اتصال الأول أحوالاً وبالعكس أحوالاً:

إحداها: أنْ يكونَ متصل الأوَّل والآخِرِ والوَسَط، فهو صحيحٌ.

والثانيةُ: أنْ يكونَ منْقَطِعَهَا جَمِيعاً، فهو باطلٌ.

والثالثة: أنْ يكونَ متَّصِلَ الطرفَيْن، منقطعَ الوَسَط، كما إذا وقَف على أولادِهِ، ثم علَىٰ رجُلٍ، ثم على الفُقَراءِ، فترتَّب علَىٰ منقطِعِ الآخِرِ، إن صحَّحناه، فهذا أولَىٰ، وإلاَّ، فوجهان:

أصحُّهُمَا: الجوازُ، ويُصْرَف عند توسُّطِ الانقطاع إلى أقربِ النَّاسِ إلى الوَاقِف، أو إلَىٰ المَسَاكِين، أو إلَى المصالح العامة أو إلى الجِهَة العامَّة المذكُورة في الوقْف آخِراً فيه الاختلافات السابقة.

والرابعةُ: أنْ يكونَ منْقَطِعَ الطرفَيْن معلومَ الواسط، كما إذا وقَف علَىٰ رجل، ثم علَىٰ أولاده، واقْتَصَرَ علَيْه، فترتب علَىٰ منقطِعِ الأوَّل، إنْ لم نصحِّحه، فهذا أوْلَىٰ، وإنْ صحَّحناه، فوجهان:

أظْهَرُهُمَا: البُطْلانُ، وبتقدير الصِّحَّة إلَىٰ من يُصْرَف؟ فيه الخلافُ السَّابق، وجميعُ هذه الأحوالِ فيما إذا انقرض الواقِفُ المصرف وإلاَّ فسيأتِي.

وقوله في الكتاب: «فإنْ صحَّحناه، فإذا وقَف علَىٰ عبدِه. . .» إلى آخر لفْظه، فإن صحَّحناه لغو وليس المذكورُ مُفَرَّعاً على الصَّحِيح، ولو طَرَحه، وقال: إذا وقَف علَىٰ عبْدٍ لحصل الغَرَضُ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **الثَّالثَةُ: الإِلْزَامُ فَلَوْ قَالَ: عَلَىٰ أَنِّي بِالخِيَارِ فِي الرُّجُوعِ عَنْهُ وَرَفْعِ شَرَائِطِهِ فَسَدَ (و) الوَقْفُ، وَلَوْ قَالَ: عَلَى أَنَّ الخِيَارَ فِي تَفْصِيلِ الشَّرْطِ مَعَ بَقَاءِ الأَصْلِ فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ شَرَطَ أَلاَّ يُؤَاجَرَ الوَقْفُ اتُّبِعَ شَرْطُهُ، وَقِيلَ: لاَ يُتَّبَعُ إِلاَّ فِي الزِّيَادَةِ عَلَىٰ السَّنَةِ، وَلَوْ خَصَّصَ مَسْجِداً بِأَصْحَابِ الرَّأْيِ وَالحَدِيثِ لَمْ يَخْتَصَّ (و)، وَلَوْ خَصَّصَ المَدْرَسَةَ وَالرِّبَاطَ جَازَ، وَلَوْ خَصَّصَ المَقْبَرَةَ فَفِيهِ تَرَدُّدٌ (و).**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في الفصل ثلاثُ مَسَائِلَ:

المسألة الأولَىٰ: الوَقْفُ بشَرْط الخيارِ باطلَ كالعِتْقِ والصَّدَقة، وكذا لو قال: وقَفْتُ بشَرْط أنْ أبيعَه، أو أرجعَ فيه متَىٰ شئتُ، واحتجُوا له بأنَّ الوقفَ إزالة ملْكُ إلى اللَّه - تعالَىٰ - أو إلى المَوْقُوف عليه؛ كالبيع والهبة، وعلى التقديرَيْن، فهذا الشَّرْطُ مُفْسِدٌ،

لكن في فتاوى القَفَّال: أنَّ العِتقَ، لا يَفْسُدُ بهذا الشَّرْط، وفَرَّقَ بيْنَهما بأنَّ العِتْقَ مَبْنيٌّ على الغَلَبَة والسِّراية. وعن ابن سُرَيْج أنَّه قال: يحتمل أنْ تبْطلَ الشُّروط، ويصحُّ أصل الوقف، ولو وقَف عَلىٰ ولده أو غيره بشَرْط أن يرجع إلَيْه، إذا مات، فعن البُوَيْطِيِّ أنَّهُ على القولين؛ أخْذاً من مسألة العُمْرَىٰ، والمذهَبُ البُطْلاَن.

ولو وقَفَ، وشَرَط لنَفْسِهِ أنْ يحرمَ مَنْ شاء، ويزيدَ مَنْ شاء، أو يقدِّم أو يؤخِّرَ، ففي صحَّة شرْطِه وجهان:

أصحُّهُمَا: المَنْعُ؛ لأنَّ وَضْعَ الوقْف على اللزوم، وإذا كان الموقوفُ علَيْه يتعرض للسقوط فلا لزوم.

والثاني: وبه قال ابْنُ القَطَّانِ: أنَّه يصحُّ، كما لو شرط صَرْفَ الرِّيع مدَّةً إلى هذا، ومدَّةً إلى هذا. قال الإمامُ: وموضِعُ الوجهَيْن ما إذا لَزِم الوقْفُ بالشَّرط المذكور.

أمَّا إذا أطلقه، ثـم أراد أنْ يغيِّر ما ذكره بِحِرْمَان أو زيادةِ مستَحَقٍّ، أو تقدم أو تأخرِ، لم يجد إلَيْه سَبِيلاً.

قال: وإذا صحَّحنا شرْطَه لنَفْسِه، فلو شرَطَه لغيره، فوجهان:

أصحُّهُمَا: الفسادُ، وإن أفسدناه، فِفي فسادِ الوَقْف به خلافٌ مبنيٌّ على أنَّ الوقْفَ؛ كالعِتْق أم لا؟. هذا ما وجدتُّه فيما يَحْضُرُني الآن مِنْ كتُب الأصحاب، وجواب عامَّتهم بطلانُ الشَّرْط والوَقْف في الصُّوَر جميعاً، ورتَّب صاحِبُ الكتاب هذه الصُّوَر في «الوسيط» على ثلاثِ مرَاتِبَ:

إحداها: أن يقُولَ: وقَفْتُ بشَرْط أن أرْجِعَ متىٰ شِئْتُ، أو أحرم المستَحِقَّ، وأحوِّل الحقَّ إلى غيره، متىٰ شئْتُ فهو فاسد.

والثانيةُ: أنْ يقولَ: بشَرْطِ أنْ أغيِّر مقادير ٱلاَستحقاقِ بحكم المصْلحة، فهو جائزٌ.

والثالثةُ: أنْ يقولَ: أُبْقي أَصْلَ الوَقْفِ، وأُغيِّر بفَضْله، ففيه وجهان.

وقوله ههنا: «ورفع شرائطه» يُشْبِه أن يريد به التحوُّل من شخْص إلى شخص، أو جهةٍ إلى جهةٍ الذي عدَّه من المرتبة الأُولَىٰ، وحكم فيها بالفَسَاد.

واعْلَمْ أنَّ الترتيبَ الَّذي ذكره لا يكادُ يوجدُ لغيره، ثم فيه لَبْسٌ، فإنَّ التَّحْويلَ مِنْ مستحقٍّ إلى مستحقٍّ المعدود في المرتبة الأُولَىٰ، وتعتبر مقاديرُ الاستحقاقِ الذي جعلَه مثالاً للثانية، كلُّ واحد منهما مندرجٌ فيما جعله موضِعَ الوجهين، وهو إبقاءُ أصْلِ الوقْف، ويعتبر تفصيله ويجوزُ أن يُعْلَمَ قولُه في الكتاب: «فسَدَ الوَقْف» بالواو؛ لما قدَّمناه.

المسألةُ الثانيةُ: لو شَرَط الواقِفُ ألاَّ يؤَاجَرَ الوقْفُ، ففيه ثلاثة أوجه:

أَظْهَرُهَا: ما ذكره الإمَامُ وصَاحِبُ الكتابِ؛ أنَّه يتبَعُ شَرْطَه، كسائر الشُّروط؛ لما فيه من وجُود المَصْلَحة.

والثاني: المَنْعُ؛ لأنَّه يتضمَّن الحَجَرْ علَىٰ مستحقِّ المنفعة.

والثالث: الفرق بيْنَ أنْ يمْنَعَ مطْلقاً، فلا يتبع أو الزِّيَادة علَىٰ سَنَةٍ، فيتبع لأنَّه لائقٌ بمصلحة الوقْف، وهذا يتفرَّع على أنَّ منَ الإجَارَة في الوقْف لا تتقدر كمدة إجارة المِلْك؛ على الصَّحيح، وفيه شيْءٌ قد مرَّ في «باب الإجارة» وإذا أفْسَدْنا الشَّرْط فالقياس فسادُ الوقْف به، لكن ذكر الشيخُ أبو عاصِم العبَّاديُّ في «زياداته» أنَّه إذا شرط ألاَّ يؤجر أكثر من سنةٍ لم يخالَفْ، ثم حكَىٰ وجْهاً أنَّهُ لو كان الصَّلاحُ في الزيادة زِيدَ، وهذا قولٌ بالصِّحَّة مع فَسَاد الشَّرْط[1].

المسألةُ الثالِثَةُ: إذا جعل دارَهُ مَسْجداً، أو أرْضَهُ مقبرةً، أو بنَىٰ مدرسةً، أو رباطاً، فلكلٍّ واحدٍ أن يصلِّيَ ويعتكفَ في المَسْجد، ويَدْفِنَ في المقْبَرة ويسكن المدْرَسة بشَرْط الأهليَّة، وينزل الرباط، ولا فَرْق فيه بيْن الواقف وغيره، ولو شرَط في الوقْف اختصاصَ المسْجِد بأصحاب الحَدِيث أو الرأْيِ أو بطائفةٍ معلومِين، فوجهان:

أَحَدُهُمَا: أنَّ شرْطَه غَيْرُ مُتَّبَع؛ لأن جعل البقعة مسجداً كالتحريم فلا معنى لاختصاصه بجماعة وعلَىٰ هذا، قال في «التتمة»: يفْسُد الوقْفُ لفَسادِ الشرط.

والثاني: يتبع، ويختصّ بهم؛ رعايةً لشرط الواقف، وقطْعاً للنزاع في إقامة الشعائر، ويشْبه أن تكونَ الفَتْوَىٰ بهذا، وإنْ كان المذكُور في الكتاب الأوَّل[2].

---

(١) قال النووي: ليس هذا فساداً للشرط مطلقاً بخلاف مسألتنا. انتهى.

وفي فتاوى الشيخ ابن الصلاح أنه إذا شرط ألا يؤجر أكثر من سنة ثم انهدمت وليس لها جهة عمارة إلا إجارة سنين، أنه يحق في عقود مستأنفة وإن شرط الواقف أن لا يستأنف لأنه في هذه الحالة مخالف لمصلحة الوقف. قال الشيخ الإمام السبكي: هذا صحيح لكنه لا يحتاج إلى تقييده بالعقود، بل يحق في عقد واحد، ووافقه صاحبه الأذرعي وتبعهما الزركشي.

وفي فتاوي ابن ذرين أنه سُئِلَ عن قرية موقوفة خربت من مدة طويلة، فلم يجد الناظر ويستأجرها المدة المشروطة في سنة أو ثلاث ووجد من يستأجرها ثلاثين سنة فأجاب إذا تعذر الانتفاع بها إلا أن يؤجرها مدة زائدة على ما شرطه الواقف، جازت الزيادة عليها إلى حد يمكن أن ينتفع بها، فلا تجوز الزيادة على ذلك، وأفتى به أئمة عصره.

(٢) قال النووي: الأصح اتباع شرطه وصححه الرافعي في «المحرر» والمراد بأصحاب الحديث: الفقهاء الشافعية، وبأصحاب الرأي الفقهاء الحنفية وهذا عرف أهل خرسان.

ثم هذا الخلافُ فيما إذا وقَف دَاراً على أن يصلِّيَ فيها أصحابُ الحَدِيثِ، فإذا ٱنْقَرَضُوا، فعلَىٰ عامَّة المُسْلِمِين.

أمَّا إذا لم يتعرَّض لانقراض، فقد تردَّدوا فيه[1]. ولو شرط في المدْرَسَة والرِّباط ٱلاختِصَاص، اتُّبِعَ شَرْطُه، ولو شَرَط في المقبرة الاختصاصَ بالغُرَبَاء، أو بجماعة معيَّنين مخصوصِينَ، فالوجْه أنْ تُرتَّبَ على تخصيصِ المسْجِد، إن قلْنا: يختصُّ فالمقبرة أولَىٰ، وإلاَّ فوجهان؛ لترددها بين المدرسةِ والمَسْجِدِ.

والثاني: أظْهَرَ؛ فإنَّ المقابر للأموات كالمساكِينِ للأحياء، وفيما ذكرنا ما يعرِّفك أنَّ قولَه: «ولو خصص مسْجداً» ليس المرادُ منه التخصيصَ بعْد صيرورة البُقْعَة مسْجِداً، فذاك مما لا عِبْرة به بحالٍ، وإنَّما المراد منه شرط ٱلاختصاص عنْد جعْل البقعةِ مسْجداً، وكذا القولُ في تخصيص المدرسة والمقبرة، واعْلَمْ أنَّ المسألتَيْن الأخيرتين لا تعلُّق لهما بترجمة هذا الشَّرْط، وهو الإلزامُ، ولا اختصاصَ لهما بهذا الموضَع.

قَالَ الغَزَالِيُّ: الرَّابِعَةُ: بَيَانُ المَصْرِفِ وَلَوِ ٱقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ: وَقَفْتُ لَمْ يَصِحَّ (م) عَلَى الأَظْهَرِ، وَقِيلَ: يَصِحُّ ثُمَّ يُصْرَفُ إِلَىٰ أَهَمِّ الخَيرَاتِ كَمَا ذَكَرْنَا فِي مَصْرَفِ مُنْقَطِعِ الآخِرِ، وَلَوْ وَقَفَ عَلَىٰ شَخْصَينِ وَبَعْدَهُمَا عَلَى المَسَاكِينِ فَمَاتَ أَحَدُهُمَا فَنَصِيبُهُ لِصَاحِبِهِ أوِ لِلْمَسَاكِينِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ رَدَّ البَطْنَ الثَّانِيَ وَقُلْنَا: يَرْتَدُّ بِرَدِّهِ فَقَدْ صَارَ مُنْقَطِعَ الوَسَطِ فَفِي مَصْرَفِهِ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يُصْرَفُ إِلَى الْجِهَةِ العَامَّةِ المَذْكُورَةِ بَعْدَ ٱنْقِرَاضِهِمْ فِي شَرْطِ الوَقْفِ، وَقِيلَ: يُصْرَفُ إِلَىٰ البَطْنِ الثَّالِثِ وَيُجْعَلُ الَّذِينَ رَدُّوا كَالمَعْدُومِينَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في الفصل ثلاثُ صورٍ لاختصاص الأخيرتَيْنِ به علَىٰ نَحْوِ ما ذكَرْنا في الفصل السَّابق:

الصورةُ الأُولَىٰ: لو قال: وقَفْتُ كذا، واقتصَرَ علَيْه، فقولان:

أصحُّهما: عند الأكثرين: البُطْلاَنُ، كما لو قال: بعْتُ دارِي بعَشَرة أو رهنتها[2]، ولم يقُلْ لمن؛ ولأنَّه، لو قال: وقَفْتُ علَىٰ جماعةٍ، لم يصحَّ؛ لجهالةِ المَصْرَف، فإذا لم يذكُرِ المصْرَف أصلاً، فأوْلَىٰ ألاَّ يصحَّ.

والثاني: يصحُّ، وإليه مَيْلُ الشيخ أبي حامد، واختارَهُ صَاحِبُ «المهذب» والقاضي الرُّويانيُّ؛ لأنَّهُ قصدَ القربة، فإن لم يبين المَصْرَف، فأشبه ما إذا قال: لِلَّهِ عليَّ أنْ

---

(١) قال النووي: يعني اختلفوا في صحة الوقف لاحتمال انقراض هذه الطائفة، والأصح أو الصحيح الصحة.

(٢) في ب: أو وهبتها.

أتصدَّقَ بكذا، أو أُهْدِيَ هَدْياً، ولم يبيِّن المصْرَف، واحتجُوا لهذا القَوْلِ بأنَّه لو قال: أوصَيْتُ بثلث مالِي، واقتصَرَ علَيْه، تصحُّ الوصيةُ، ويُصْرَفُ إلى الفقراء أو المساكِينِ، وهذا، إنْ كان متَّفَقاً علَيْه، فالفرقُ مشكِلٌ، ويُعْزَى القولان في المسألة إلى نصِّه في «حرملة»، وبعضُهم يَحْكِي الخلافَ في المسألة وجْهَيْن[1].

وإذا قلْنا بالصحة، ففي مصرفه [الخلافُ المذكورُ في منقطع الآخر، إذا صحَّحناه، وعن تخريج ابنِ سُرَيْج أن المتولِّيَ يصْرِفُه][2] إلىٰ ما يراه من وجوه البرِّ؛ كعمارة المساجد، والقناطِر، وسدِّ الثغور، وتجهيزِ المَوْتَىٰ، وغير هذا.

الصورةُ الثانيةُ: وقَفَ علَىٰ شخصَيْن، ثم علَىٰ المساكين، فماتَ أحدهما، حكَى الأئمةُ في نصيبه وجهين:

أَظْهَرُهُمَا: ويحكَىٰ عن نصِّه في «حرملة» أَنَّهُ يُصْرَفُ إِلَىٰ صاحبه؛ لأنَّ شَرْطَ الانتقال إلى المساكين انْقراضُهما جَمِيعاً، ولمْ يوجَدْ، وإذا امتنع الصَّرْف إليهم، فالصرفُ إِلَىٰ من ذكره الواقف أَوْلَىٰ.

والثاني: عن أبي عليٍّ الطبريِّ: أنَّه للمساكين، كما أنَّ نصيبهما، إذا انقرضا، للمساكين، والقياسُ وجهٌ ثالث؛ وهو ألاَّ يُصْرَفَ إِلَىٰ صاحبه ولا إلى المساكين، ويقال: صار الوقْفُ في نصيب الميِّت منقطعَ الوَسَط، ولو وَقَف على شخصيْن، ولم يذكُرْ من يَصْرِف إلَيْه بعْدَهما، وصحَّحنا الوقْف المنقطع الآخر، فمات أحدهما، فنصيبُه للآخَرِ، أو حُكْمُه حكم نصيبهما، إذا ماتا، فيه وجهان.

الصورةُ الثالثةُ: لو وقَف علَى البُطُون، فردَّ البطن الثاني، وقلْنا يرتدُّ بردِّهم، فهذا وقْفٌ منقطعُ الوَسَط، وقد سَبَق ما فيه من الاختلافات.

ومنها ما خصَّه بالذكر ههنا، [وهو الصَّرف إلى الجهة العامَّة المذكورة بعْد انقراض البُطُونَ جَمِيعاً، وإنَّما احتاجَ صَاحِبُ الكتابِ إِلَىٰ تخصيصه بالذِّكر][3] لأنَّ قولَه: وفي مَصْرَفِه ما ذكَرناه أراد ما ذكره في منْقَطِعِ الآخِرِ، وهذا القول لا مجالَ له هُناك. وفي المسْألة وجْهٌ أو قولٌ آخَرُ: أنَّه يُصْرَفُ إلى البطن الثالِثِ، ويقَدَّر البَطْن الثاني معْدومين. ويجوز أن يُعْلَمَ قوله في الكتاب: «فلو اقتصر على قوله: وقَفْتُ، لم يَصِحَّ» بالميم والألف؛ لأنَّ الروايةَ عنهما الصِّحَّةُ، والله أعلم.

---

(١) قال النووي: الفرق، أن غالب الوصايا للمساكين، فحمل المطلق عليه بخلاف الوقف، ولأن الوصية مبنية على المساهلة، فتصح بالمجهول والنجس وغير ذلك بخلاف الوقف.

(٢) سقط من: ب. (٣) سقط من: ب.

البَابُ الثَّانِي فِي حُكْمِ الوَقْفِ الصَّحِيحِ، وَفِيهِ فَصْلاَنِ

قَالَ الغَزَالِيُ: الفَصْلُ الأَوَّلُ فِي أُمورٍ لَفظيَّةٍ فَإِذَا قَالَ: وَقَفْتُ عَلَىٰ أَوْلاَدِي وأَوْلاَدِ أَوْلاَدِي فَهُوَ لِلتَّشْرِيكِ وَلاَ يُقَدَّمُ البَطْنُ الأَوَّلُ إِلاَّ بِشَرْطٍ زَائِد، وَلَوْ قَالَ: وَقَفْتُ عَلَىٰ أَوْلاَدِي لَمْ يَدْخُلِ الأَحْفَادُ، وَدَخَلَ البَنَاتُ وَالخَناثَى، وَلَوْ قَالَ: وَقَفْتُ عَلَىٰ البَنَاتِ أَوْ عَلَى البَنِينَ لَمْ تَدْخُلُ الخَنَاثَىٰ، وَلاَ يَدْخُلُ تَحْتَ الوَلَدِ الجَنِينُ وَلاَ المَنْفِيُّ (و) بِاللِّعَانِ، وَلَوْ قَالَ: عَلَىٰ ذُرِّيَّتِي أَوْ نَسْلِي أَوْ عِقِبي دَخَلَ (م) الأَحْفَادُ، وَلَوْ قَالَ: عَلَيَ المَوَالِي وَلَهُ الأَعْلَىٰ وَالأَسْفَلُ فَهُوَ فَاسِدٌ لِلاحْتِمَالِ، وَقِيلَ: يُوَزَّعُ، وَقِيلَ: يَخْتَصُّ بِالأَعْلَىٰ لِعُصُوبَتِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: : إذا صحَّ الوَقْفُ، ترتب عليه أحكامٌ:

منْها: ما يَنْشَأُ من اللفظ المُسْتَعْمَل في الوقْف، ويختلف باْختلافِ الألفاظ.

ومنْها: ما يقتضيه المعْنَىٰ فلا، يختلف باْختلافِ الألْفَاظ فالكلامُ في فصلَيْنِ:

الفصل الأوَّلُ: في الأحْكَام اللفظيَّة، نشْرَحُ من صورها ما في الكتاب، ونضمُّ إليه ما يتَّفِقُ. والأصل فيها أنَّ شروط الواقِفِ مَرْعِيَّةٌ ما لم يكن فيها ما ينافي الوقْفَ ويناقِضه، وعلَيْه جرتْ أوقاف الصَّحابة؛ وقف عمر ـ رضي الله عنه ـ وشرط أَنْ لاَ جناح علَىٰ مَنْ وَلِيَهَا أنْ يأكلَ منْها بالمَعْرُوف، وأنْ تَلِيَهَا حفْصَةُ في حَيَاتِها، فإذا ماتَتْ، فذوي الرأي من أهلِها[1]. ووقفت، فاطمةُ ـ رضي الله عنها ـ لنساءِ رسُول الله ﷺ ولفقراءِ بَنِي هَاشِمٍ أو بَنِي المُطَّلب[2].

إذا عرفْتَ ذلك، فمما يجب رعايته النَّظَر، فيما يقتضي الجَمْعَ والتَّرتِيْب.

فلو قال: وقفت علَىٰ أولادِي وأولادِ أولادِي، فلا ترتيبَ، بل يُسوَّىٰ بين الكُلِّ، ولو زاد، وقال: ما يتناسلون أو بطْناً بعدْ بطْنٍ، فكذلك، وَيُحْمَلُ على التعميم.

وعن الزيادِيُّ أن قوله: بطناً بعد بطْنٍ، يقتضي التَّرتيب، وبه أجاب بَعْضُ أصْحاب الإمام. ولو قال: علَىٰ أولادي، ثم علَىٰ أولادِ أولادِي، ثم على أولادِ أولادِ أولادي ما تناسَلُوا أو بطْنَاً بعد بطْنٍ، فهو للتَّرتِيب[3]، ولا يُصْرَف إلى البطن الثاني شيْءٌ ما بقي من

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٧٩). قال الحافظ في التلخيص: بسند صحيح به وأتم منه.

(٢) رواه الشافعي (١٣٨٠). قال الحافظ في التلخيص: بسند فيه انقطاع إلا أنهم من أهل البيت.

(٣) وقوله بطناً بعد بطن يقتضي التسوية بين الجميع فيشارك البطن الأسفل البطن الأعلى، وهذا ما جرى عليه البغوي والفوراني والعبادي، ووجه بأن «بعد» تأتي بمعنى «مع» كما في قوله تعالى: ﴿والأرض بعد ذلك دحاها﴾ أي مع ذلك على أحد الأقوال، وذهب الجمهور إلى أن قوله بطناً بعد بطن للترتيب.

=

البطْن الأوَّل أحد، ولا إلى الثالثِ ما بَقِيَ من الثاني أحدٌ، هكذا أطلقه الجمهورُ، والقياس فيما إذا ماتَ واحدٌ من البطْن الأوَّل أن يجيء في نصيبه الخلافُ المذْكُور في ما إذا وقَف علَىٰ شخصَيْن أو جماعةٍ، ثم علَىٰ المساكِينِ، فمات واحدٌ إلَىٰ من يُصْرَف نصيبُهُ، ولم أر له تعرضاً إلاَّ للشَّيْخ أبي الفرج السَّرْخَسِيِّ، فإنَّه سَوَّىٰ بيْن الصورتَيْنِ، وحكَىٰ فيهما وجهَيْن، لكنْ رواهما علَىٰ نسَقٍ آخَرَ؛ فقال:

أحد الوجهين أنَّ نصيبَ الميِّت لصاحبه.

والثاني: أنَّهُ لأقرب النَّاسِ إلَىٰ الواقف، وهذا إشارةٌ إلَىٰ ما ذكرنا أنَّهُ القياسُ في تلْكَ الصُّورة، ثم رأيتُ لصاحب «الإفصاح» أنَّهُ يُصْرَفُ إلَىٰ أقربِ النَّاسِ إلى الواقف ذَكَرَهُ في «كتاب الشهادات»(١).

ولو قال: علَىٰ أولادي، وأولادِ أولادِي الأعلَىٰ فالأعلَىٰ، أو الأقربِ فالأقْرَبِ، أو الأوَّلِ فالأوَّلِ، فيقْتَضِيه التَّرتيبُ أيْضاً، وكذا لو قال: علَىٰ أولادي، وأولادِ أوْلادِي علَىٰ أنْ يبدأ بالأعلَىٰ منْهم، أو على ألا حقَّ لبطنٍ، وهناك معٌ فوقهُمْ.

ولو قال: فَمَنْ مات من أولادِي، [فنصيبه لولده، اتُّبع شرطه. ولو قال: علَىٰ أولادِي]، ثم علَىٰ أولادِ أولادِي وأولادِ أوْلادِ أوْلاَدِي، فيقتضيه الترتيب، بين البَطْن الأوَّل ومَنْ دونَهم والجمع بين من دونهم.

= قال في الخادم: إن الذي جزم به الماوردي والبندنيجي والقاضي حسين في فتاويه والروياني والإمام والغزالي وصاحب الذخائر أن ذلك للترتيب.

قال الأسنوي: والرافعي لم يمعن النظر في هذه المسألة، فإنه نقل الترتيب عن بعض أصحاب الإمام وهو مقطوع به في كلام الإمام نفسه.

ثم قال الأسنوي: وما ذكره الشيخان من اقتضاء التسوية باطل من جهة البحث أيضاً، فإن لفظه بعد في اقتضاء الترتيب أصرح من ثم والفاء وغيرهما وقد جزما فيهما باقتضاء الترتيب، فما نحن فيه أولى. قال ابن العماد: ما قاله الأسنوي من أن بعد أصرح من ثم والفاء في الترتيب خطأً مخالف لنص القرآن العظيم، فقد قال الله تعالى: **﴿ولا تطع كل حلاف مهين هماز مشاء بنميم مناع للخير معتد أثيم عتل بعد ذلك زنيم﴾**.

قال المفسرون: أي مع ما ذكر من أوصافه زنيم، واستدل بغير ذلك من القرآن ومن كلام العرب. والمقصود من ذلك إنما هو إظهار الحق؛ لأن العلماء أئمة الهدى وبهم نقتدي فلا يظن فيهم غير ذلك، فظهر بهذا أن ما جرى عليه الشيخان هو المعتمد.

(١) قال النووي: [الصحيح: ما أطلقه الجمهور، لأن من بقي بعد موت بعض الأولاد يسمون أولاداً، بخلاف ما إذا مات أحد الشخصين. ثم إن مراعاة الترتيب لا تنتهي عند البطن الثالث والرابع، بل يعتبر الترتيب في جميع البطون، فلا يصرف إلى بطن وهناك أحد من بطن أقرب، صرح به البغوي وغيره].

ولو قال: علَىٰ أولادِي وأَوْلاَدِ أولادِي، ثم علَىٰ أولادِ أَوْلاَدِ أولادِي، مقتضاه الجمعُ أولاً، والترتيبُ ثانياً. ولو قال: علَىٰ أولادِي، وأَوْلاَدِ أَوْلاَدِي، ومن، ماتَ منْهم، فنصيبُه لأولادِهِ، فإذا ماتَ واحدٌ، كان نصيبُهُ لأولاده خاصَّةً، ويشاركون الباقِين فيما عدا نصيبَ أبِيهِمْ[1]. ومن الصّور المذكورةِ في الكِتَاب: إذا وقَفَ علَىٰ الأَوْلاد، هل، يدخل فيه أَوْلاَدُ الأولادِ؟ فيه وجهان:

أصحُّهُمَا: وهو المذكور في الكتابِ لا؛ لأنَّهُ يقع حقيقةً علَىٰ أولاد الصُّلْب؛ ألا تَرىٰ أنَّه ينتظم أن يُقَال: ليْسَ هذا وَلَدَه، وإنَّما هُوَ وَلَدُ وَلَدِهِ؟

والثاني: نعم؛ لقوله تعالى: ﴿يَا بَنِي آدَمَ﴾ [الأعراف ـ ٢٧].

وفي «النهاية» ترتيب الخلاف في أولاد البنات علَى الخلاف في أولادِ البَنِينَ، وأولَىٰ بعدم الدُّخُول؛ لأنَّ انتسابَهَم إلَىٰ آبائهم، وهذا الخلافُ عند الإِطْلاَق، وقد يقترن باللفظ ما يقتضي الجزمَ بخُرُوجهم، كما إذا قال: وقفتُ عَلَىٰ أولادي، فإذا انقرضوا، فلأحفادِي الثُّلُثُ، والباقي للفقراءِ.

وكذا لو وَقَفَ علَى الأولاد، ولم يكنْ له إلاَّ أولادُ الأَوْلاَدِ.

ففي «التتمة» وغيرِها أنَّه يَجْعَلُ اللفْظُ عليهم؛ صيانةً لكلام المكلَّف عن الإلْغَاء[2]، ويجْرِي الخلافُ فيما إذا وقَف علَىٰ أولاده، وأولادِ أولادِه، هل يدخل أولاد

---

(١) قال الشيخ البلقيني: صيغة الجمع في الأولاد غير معتبرة حتى لو قال: وقفت هذا على زيد ثم من بعده على أولاده، فلم يوجد إلا واحد من أولاده بعده، فإنه يصرف ريع الوقف إليه؛ لأن المعتبر الجهة، وهكذا لو قال من يأت منهم وليس له ذرية فنصيبه لإخوته فلم يوجد منهم إلا واحداً صرف إليه، هذا هو الذي يقع به الفتوى، ويظهر من المقاصد حتى لو لم يوجد له من الآخرة إلا أنثى فإنها تأخذ نصيبه، وقد افتيت بذلك في مسألة جاءت من حماه نظراً إلى أن المراد الجهة كما لو لم يوجد إلا بنت واحدة، ولو كان من حجب الأم من الثلث إلى السدس، فقد اتفق على أن المراد الجمع كما هو ظاهر القرآن ووقع الخلاف في الاثنين والثلاث وأجمعوا على أن الثلاثة يحجبون الأم وإن كانت أنثى أو ثنتين. واختلفوا في الإناث المنفردات فحجبها الجمهور خلافاً للحسن البصري، وأما ما ذكره المصنف في كتاب الوصية من أنه إذا أوصى لأخوة زيد، لا تدخل إخواته فلا يعارض بما تقدم أنه هو الذي يفتي من جهة أن الوقف مراد للدوام فينزل على الجهات والوصية والمواريث ليس الأمر فيهما كذلك، فالمعتبر فيهما الأشخاص لا الجهات إلا في ميراث بيت المال، وحينئذٍ فلا بد من مراعاة الصيغة جمعاً وتذكيراً عند من لا يرى أن الخطاب للمذكر يتناول المؤنث انتهى.

(٢) قال في الخادم: لو حدث له أولاد من صلبه بعد ذلك وقلنا يدخل الحادث، فيحتمل تعيينهم وعدم الصرف إلى أولاد الأولاد لحصول الحقيقة، وإمكان العمل بها، ولا يعدل إلى المجاز، والأقرب أنهم لا يدخلون لتعين المنصرف إلى غيرهم قبل وجودهم، كما لو شرط النظر لأفضل أولاده ففضلهم واحد، فلو حدث من هو أفضل منه، لم ينعزل كما قاله الماوردي.

أولادُ الأولادِ؟ ويدخل في الوقْفِ علَى الأولاد البنُونَ والبناتُ والخَنَاثَى المُشْكِلُونَ، ولا يدْخُلِ الخناثَىٰ في الوقْف على البَنِينَ، وفي دخول بني البنينَ والبَنَاتِ الوجهانِ، ويوجَّه دخولُ بني البناتِ بقَوْله ﷺ [في الحسن] بن عليٍّ ـ رضي الله عنهما ـ: «إِنَّ ٱبْنِي هَٰذَا سَيِّدٌ»[١] ومنهم من خصَّص الوجْهين ببني البَنِينَ، وجزم بأنَّ بني البناتِ لا يدْخُلون فيه، ولو وقَف على البناتِ لَمْ يدخل الخَنَاثَىٰ، وفي دخُول بناتِ الأَوْلاَد وجهان. ولو وقَف علَى البنينَ والبَنَاتِ، فأصحُّ الوجْهَيْن دُخُولُ الخُنْثَىٰ في مثْل هذا لأنَّهُ لا يَخْرُج عن الصنفين.

والثاني: المنعُ؛ لأنَّه لا يُعدُّ من هؤلاء، ولا مِنْ هؤلاء.

ولو وقَف علَىٰ بني تميمٍ، وصحَّحنا مثْل هذا الوقف، ففي دخول نسائِهم وجهان:

أحدُهُمَا: المَنْعُ، كما لو وقَف علَىٰ بني زيد.

وأشبهما: الدُّخول؛ لأنَّه يُعَبَّرُ به عن القبيلة والمستحِقُّون في هذه الألفاظ، لو كَانَ أَحَدُهُمْ حملاً عند الوقْف، هل يدْخُلُ حتى يُوقَفَ له شيْءٌ؟

حكَىٰ صَاحِبُ «التتمة» فيه وجهَيْنِ:

أحدُهُمَا: : نعمَ، كما في الميراثِ، ويَستحق الغلَّة لمدة الحمل.

وأصحُّهُمَا: لاَ؛ لأنَّهُ قبل الانفصالِ لا يُسَمَّى ولداً، وهذا ما ذكَرَه في الكتاب.

وأمَّا غلَّةُ ما بعد الانفصالِ، فإِنَّهُ يستحقُّها وكذا الأولاد، الحادث علوقُهُمْ بعْد الوقف يستحقُّون إذا انفصلوا.

هذا هو المشهورُ في الكُتُب، وفي «أَمَالي» أبي الفرج السَّرْخَسِيِّ خلافٌ[٢]، والمنفيُّ باللعان لا يَسْتَحِقُّ شيئاً؛ لانْقطاع نسَبِهِ وخروجِهِ عَنْ أن يكون وَلداً.

وعنْ أبي إِسْحَاقَ أنَّه يستحقُّ، وأثر اللعان مقْصورٌ على الملاعِنِ[٣].

---

(١) رواه البخاري في صحيحه (٢٧٠٤، ٣٦٢٩، ٣٧٤٦، ٧١٠٩) من حديث أبي بكرة بهذا.
وقال الحافظ في التلخيص: وأتم منه.

(٢) قال النووي: ومما يتفرع على الصحيح أنه لا يستحق غلة مدة الحمل: أنه لو كان الموقوف نخلة، فخرجت ثمرتها قبل خروج الحمل، لا يكون له من تلك الثمرة شيء، كذا قطع به الفوراني والبغوي، وأطلقاه. وقال الدارمي في «الاستذكار»: في الثمرة التي أطلعت ولم تؤبّر، قولان؛ هل لها حكم المؤبرة فتكون للبطن الأول، أو لا فتكون للثاني؟ وهذان القولان يجريان هنا.

(٣) قال النووي: فلو استلحقه بعد نفيه، دخل في الوقت قطعاً ذكره البغوي.

ولـو وقَفَ علَىٰ أولادِهِ وأولادِ أولادِهِ، دخل فيه أولادُ البَنِينَ والبَنَاتِ، خلافاً لمالك وأحمد في أولاد البنات.

فإن قال عَلَىٰ مَنْ يُنْتَسَبُ إلَيَّ مِنْ أولاد أولادِي، خرج أولاد البناتِ، وحكَى القاضي ابْنُ كجٍّ وجْهاً آخَرَ؛ أنَّهُمْ يدخلون؛ لِمَا مَرَّ من حديث الحسن ـ رضي الله عنه ـ. ومنها: لو قال: وقَفْتُ على ذرِّيَّتي أو عَقِبِي أو نَسْلِي، دخل فيه أولادُ البنينَ والبناتِ قريبُهم وبعيدهم.

وعن مَالِكٍ وأحْمَدَ: أنَّ أولادَ البناتِ لا يدْخُلُون.

لنا قولُه تعالَىٰ: ﴿وَمِن ذُرِّيَّتِهِۦ دَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ﴾ [الأنعام ـ ٨٤] إلى أن ذكر عيسَىٰ، وليس هو إلاَّ ولد البنْتِ، وإذا حَدَثَ حمْلٌ، قال في «التتمة»: يوقَفُ نصيبه؛ لأنَّهُ مِنْ نسْلِه وعَقِبِهِ لا محالَةَ.

ومنها: اسمُ المولَىٰ يقع علَى المُعْتِقِ، ويقال: له المولَى الأَعْلَىٰ، وعلى المُعْتَقِ ويقال له: المَوْلَى الأسْفَلُ، وإذا وقف علَىٰ مواليه، وليس له إلا أحدهما فالوقف علَيْه، وإن وجدا جميعاً، ففيه أوجه:

أحَدُهُمَا: ويُحْكَىٰ عن أبي حنيفةَ واختيار ابنِ القَطَّان: أنه يصحُّ، ويقسم بينهما؛ لتناولِ الاسم لهما، وذكر في «التتمة» أنَّ هذا أَصَحُّ.

والثاني: أنَّه يَبْطُل الوقْفُ؛ لما في المَصْرَف من الإبهام والإجْمَال، وامْتناع حمل اللفظِ الواحِدِ علَى المعنَيَيْنِ المختلفَيْنِ، وهذا أرجَحُ عند صاحبِ الكتابِ.

والثالث: أنَّهُ للمُعْتِقِ؛ لأنَّهُ أنْعَمَ عَليه بالإعْتَاق، فهو أحقُّ بالمكافأة.

والرابع: حكاه المتولِّي: أنَّه للمعتق لأطراد العادَة بإحْسَان السادة إلى العتقاء، ومِنْ أخواتها أنَّه لو وقَفَ علَىٰ عِتْرته، فعَنِ ابْنِ الأعرابيِّ وثعلب أنهم ذرِّيَّته، وعن القتيبي أنهم عشيرتُه، ففيه وجهان للأصْحَاب:

أظهرُهُمَا: الثاني، وقد رُوِيَ ذلك عن زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ ـ رضي الله عنه[1] ـ ولو قال: علَىٰ عشيرَتِي، فهو كما لو قال: قَرَابَتِي، وإذا قال: علَىٰ قرابتي أو أقْرَبِ النَّاسِ إلَيَّ، فعلى ما سَيَأْتِي في الوصيَّة إن شاء الله.

---

(١) قال النووي: هذان المذهبان، مشهوران لأهل اللغة، غير مختصين بالمذكورين، لكن أكثر من جعلهم عشيرته، خصهم بالأقربين. قال الأزهري: قال بعض أهل اللغة: عترته: عشيرته الأدنون. وقال الجوهري: عترته: نسله ورهطه الأدنون. وقال الزبيري: عترته: أقرباؤه من ولد وغيره، ومقتضى هذه الأقوال أنه يدخل ذريته عشيرته الأدنون، وهذا هو الظاهر المختار.

وفي «التتمة» أنّه إذا قال: على قبيلتي أو عشيرَتِي، لم يدخُلْ فيه إلاَّ قرابةُ الأبِ، ثم إذا كانُوا غير محصُورِينَ في العادَةِ، فقد سبَق حكايةُ الخلافِ فيه. والحادِثُون بعْد الوقْف يشاركون الموْجُودين عنْد الوَقْف.

وعنِ البُوَيْطِيِّ مَنْعُهُ، ويُرْعَىٰ شرط الواقِف في الأقْدار وصفات المستحِقِّين، وزمان ٱلاَستحقاق، فلو وقَفَ علىٰ أولاده وشرط التّسْوية، وتفضيل الذكَر على الأنْثَىٰ كما في الميراث، أو بالعَكْس أو لتسوية، اتُّبِع شرْطُه، وكذا لو وقَف على العُلَماء بشرط أن يكونوا علَىٰ مذْهب كذا، أو على الفُقَراء بشَرْط الغُرْبة[1] أو الشَّيْخُوخة.

ولو قال: وقَفْتُ علَىٰ بني الفقراء، أو علَىٰ بناتِي الأَرَامِلِ، فمَنِ ٱستغْنَىٰ منهم، وتزوَّج منهنَّ، خرج عن ٱلاَستحقاق، فإذا عاد فقيراً، أو طلَّقها زوْجُها، عاد الاستحقاق[2]. وفي «الزيادات» للعبَّادِيِّ أنَّهُ لو وقف على أمهاتِ أَوْلاَده إلاَّ من تتزوّج منهن، فتزوجت، خرجَتْ، ولا يعود [على] الاستحقاق إذا طُلِّقتْ، ويُشْبِه أنْ يُقَال: ليْسَ هذا وجْهاً مُخَالِفاً للأوَّل، ويُفْرَق بينهما، إمَّا من جهة اللفظ بأنَّ هناكَ أثبت ٱلاَستحقاق لبناتِهِ، إذا كنَّ أراملَ، وإذا طُلِّقت، حصلت الصفة، وههنا أثبت الاستحقاق لها إلاَّ أن تتزوَّجَ، وهذه، طُلِّقَتْ، صَدق عليها أنَّها تزوَّجت.

وإمَّا من جهة المعنى، فإن غرض الواقف ههنا، إن بقيَ له أمهاتُ أولاده ولا يختلف عليهنَّ غيره، فمنْ تزوَّجَتْ منْهن، لم تَكُنْ وافيةً، طُلِّقَتْ أو لم تُطَلَّقْ.

ولو شَرَطَ صرْفَ غلَّة السنة الأُولَىٰ: إلى قوم، وغلة السنة الثانية إِلَىٰ آخرين، وهكذا ما بَقُوا، اتُّبِعَ شرْطُه. ولو قال: وقَفْتُ علَىٰ أولادِي، فإذا انقرضَ أَوْلاَدِي، وأولادِ أَوْلاَدِي، فعلى الفُقَراء، فهذا وقْفٌ منقطِعُ الوسَط؛ لأنَّهُ لم يَجْعَلْ لأولاد الأولاد شيئاً، وإنَّما شرَطَ انقراضَهُم؛ لاستحقاق الفقراء، وفيه وجه: أَنَّهُمْ يستحقُّون بعد انقراض أولادِ الصُّلْب؛ لأن ٱشتراط انقراضِهِمْ يشعر بإثبات ٱلاَستحقاق لهم.

ولو وقَف علَىٰ بنيه الأربعة على أنَّ مَنْ مات منهم، وله عَقِبٌ، فنصيبه لعقبه، ومَنْ مات، ولا عَقِبَ له، فنصيبُهُ لسائر أرباب الوَقْف، ثم مات أَحَدُهم عن ٱبنٍ وآخر عن ابنين، وثالث، ولا عَقِبَ له، فيُجْعَل نصيب الثالث بيْن الرَّابع وابن الأول وابني الثاني بالسَّوِيَّة.

---

(١) في ب: القربة.

(٢) قال النووي: ولم أر لأصحابنا تعرضاً لاستحقاقها في حال العدة وينبغي أن يقال: إن كان الطلاق بائناً أو فارقت بفسخ أو وفاة، استحقت، لأنها ليست بزوجة في زمن العدة وإن كان رجعياً، فلا، لأنها زوجة.

ولو قال: وقَفْتُ علَىٰ بَنِيَّ الخَمْسَةِ، وعلَىٰ مَنْ سيولد لي علَىٰ ما سأُفَصِّلُهُ، ثم فَصَّلَ وقال: ضَيْعَة كذا لاَبْنِي فلان، وضيعة كذا لفُلاَنٍ، إلَىٰ أنْ ذكر الخمسة، ثم قال: وأمَّا مَنْ سيُولَدُ لي، فنصيبُه إن مات من الخَمْسَة، ولا عَقِبَ له فيصرف حقه إلَيْه، فماتَ واحدٌ، ولا عَقِبَ له، وولد للواقف ولد يُصْرَفُ إليه نصيبُ مَنْ مات، ولم يعقب، وليس له أن يطلب شيئاً آخَرَ؛ لقوله أولاً: وَقَفْتُ على بَنِيَّ، وعلَىٰ مَنْ سيُولَدُ لي فإنَّ التفصيل المذكور آخراً بيان لما أجْمَلَه أولاً، وقد جَرَتْ عادةُ الشُّروطِيِّينَ بمثله.

ولو قال: وقَفْتُ علَىٰ سُكَّانِ موْضِع كذا، فغابَ بَعْضُهُمْ سنَةً، ولم يبعْ داره، ولا استبدَلَ داراً، لا يَبْطُل حَقُّه هكذا ذكره العَبَّادِيُّ. ولو وَقَفَ علَىٰ زَيْدٍ بشرط أن يسكن موْضِع كذا، ثمَّ بعده على الفقراء والمساكين، فهذا وقْفٌ فيه انْقطاعٌ؛ لأن الفقراء إنَّما يستحِقُّون بعد انقراضه، واستحقاقُهُ مشروطٌ بشَرْطٍ قد يتخلَّف، والصِّفَةُ والاستثناءُ عَقِيبَ الجُمَلِ المعطوف بَعْضُها علَىٰ بعْضٍ يَرْجِعَان إلَىٰ الكُلِّ.

مثالُ الصفة: وقفتُ علَىٰ أولادي وأحفادِي وإخْوَتِي المحاوِيجِ منهم.

ومثالُ الاستثناء: وقفتُ علَىٰ أولادي وأحْفادِي وإخْوَتِي إلاَّ أن يفسق واحدٌ منهم، هكذا أطلقوه ورأى الإمام تقييدَهُ بقَيْدَيْن:

أحدهما: أنْ يكون العَطْفُ بالواو الجامعةِ، فأمَّا إذا كان العطفُ بكلمةِ، «ثم» قال: يختصُّ الصفة والاستثناء بالجملة الأخِيرة.

والثاني: ألاَّ يتخلَّلَ بيْن الجملَتَيْنِ كلامٌ طويلٌ، فإنْ تَخَلَّلَ كما لو قال: وقفتُ علَىٰ أولادِي علَىٰ أنَّ مَنْ مات منهم وأعْقَبَ [فنصيبه بيْن أولاده **﴿للذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾** [النساء ـ ١١]، وإنْ لم يُعْقِبْ][(١)] فنصيبه للذين من درَجَته، فإذا انقرضوا، فهو مصْرُوف إلَىٰ إخوتي، إلاَّ أن يَفْسُقَ أحدُهُم، فالاَسْتثناء يختص بالإخوة والصفة المتقدِّمة علَىٰ جميع الجُمَل مثل أن يقول: وقفتُ علَىٰ محاويج أولادِي، وأولاد أولادِي، وإخْوَتِي كالمتأخرة عنْ جميعها حتَّى يعتبر الحاجةُ فِي الكُلِّ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **الفَصْلُ الثَّانِي فِي الأَحْكَامِ المَعْنَوِيَّةِ وَحُكْمُ الوَقْفِ اللُّزُومُ (ح) فِي الحَالِ وَإِنْ لَمْ يُضَفْ إِلَىٰ مَا بَعْدَ المَوْتِ، وَتَأْثِيرُهُ إِزَالَةُ المِلْكِ وَحَبْسُ التَّصَرُّفِ عَلَىٰ المَوْقُوفِ، ثُمَّ إِنْ كَانَ مَسْجِداً فَهُوَ فَكٌّ مِنَ المِلْكِ كَالتَّحْرِيرِ، وَلَوْ وَقَفَ عَلَىٰ مُعَيَّنٍ فَهُوَ مِلْكٌ (و) لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْه، وَلَوْ وَقَفَ علَىٰ جِهَةٍ عَامَّةٍ فَالمِلْكُ مُضَافٌ إِلَىٰ اللَّه، وَقِيلَ بِإِطْلاَقِ ثَلاَثَةِ أَقْوَالٍ: أَحِدُهَا: أَنَّهُ لِلْوَاقِفِ (ح) وَلَمْ يَزَلْ مِلْكُهُ بِدَلِيلِ اتِّبَاعِ شَرْطِهِ. وَالثَّانِي:**

(١) سقط في: ب.

أَنَّهُ لِلَّهِ (م و) إِذْ لاَ تَصَرُّفَ لِأَحَدٍ فِيهِ. وَالثَّالِثُ: أَنَّهُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ (ح م) فَإِنَّهُ المُتَصَرِّفُ بِالاِنْتِفَاعِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الأحكام المعنوية:

منها اللزومُ في الحَال، سواءٌ أضافه إلَىٰ ما بعد الموت، أو لم يُضِفْه، وسواءٌ سلَّمه أو لم يسلِّمه، وسواءٌ قَضَىٰ به قاضٍ أو لم يَقْضِ[1]، وعن أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ أنَّ الوَقْفَ كالعارية يَرْجِعُ عنه، متى شاء إلاَّ أن يُوصِيَ به، فيلزم بعد الموت أو يَقْضِي به قاضٍ، فيلزم. وعن أحمد روايةٌ: أنَّه لا يلزم إلاَّ بالتَّسْليم.

وإذا لَزِمَ، امتنعت التصَرُّفات القادحة في عوض الوَقْف، وشرْطُ الواقِفِ على الوَاقِف وعلَىٰ غيره.

وأمَّا رقبةُ الوقْف، فالنصُّ ها هنا أنَّه مِلْكَ الواقِفِ يزُولُ عَنْها، وأنَّ الموقوف عليه لا يَمْلِكُها، وإنَّما يَمْلِكُ المنفعةَ، وذكَر في «الشَّهادات» أنَّ مدَّعِيَ الوقْفُ، إذا أقام شاهداً واحداً، حلف معه، وهذا يدلُّ على أنَّه يملك الوقْفَ، فللأصحاب في المسألة طُرُقٌ؛ اختصارها أن في طُرُقُ الواقف قولَيْن:

أصحُّهُمَا: وهو المنصوصُ: أنَّه مِلْكَهُ يزولُ؛ لأنَّه تصرُّف يقطَعِ تصرُّفه في الرقبة، واستحقاقه المنفعةَ، فأشْبه العِتْقَ والصَّدَقة.

والثاني: وبه قال مالك: أنَّهُ لا يزولُ مِلْكُهُ؛ لأنَّ شرْطَهَ مُتَّبَعٌ، ولو زال، لَمَا اتَّبع، ويُحْكَىٰ هذا عن اختيار القاضي الحُسَيْن، وأن ابن سُرَيْج خرَّجه من نص الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ في الوقْف المنْقَطِعِ؛ أنَّه يُصْرَفُ إلى أقربِ النَّاسِ إلى الوَاقِفِ ونَظَائِره.

وإذا قلْنا بالأوَّل، فإلى من ينتقل؟

أظهر الطُّرُق أنَّه علَىٰ قولَيْن:

وأصحُّهُمَا: وبه قال أبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ أنه ينتقلُ إلَىٰ اللَّهِ ـ تعالى ـ كالعِتْق، ومعناه أنَّه ينفك عن اختصاصَاتِ الآدميِّينَ.

والثاني: وبه قال أَحْمَدُ: أنَّه ينتقلُ إلى المَوْقُوفُ علَيْه كالصَّدقة، وهذا مخرَّجٌ مأخوذٌ من النصِّ المذكور في «الشهادات».

---

(١) قال النووي: وسواء في هذا كان الوقف على جهة، أو شخص، وسواء قلنا: الملك في رقبة الوقف لله تعالى، أم للموقوف عليه، أم باقٍ للواقف، ولا خلاف في هذا بين أصحابنا إلا ما شذّ به الجرجاني في «التحرير» فقال: إذا كان على شخص وقلنا: الملك للموقوف عليه، افتقر إلى قبضه كالهبة، وهذا غلط ظاهر وشذوذ مردود، نبهت عليه لئلا يُغترَّ به.

والطريقة الثانية: القطع بالأول، وثبوته بالشاهد واليمين؛ لأن المقصودَ منه إظهارُ استحقاقِ المَنْفَعَة، لا لأنَّ الرقبةَ مِلْكٌ له.

والثالثة: عنْ روايةِ القاضِي أبي الطيِّب: القطْع بالقَوْل الثاني، وحمل ما ذكره ها هنا عَلَىٰ أنّه لا يملك البيع ونحوه من التصرُّفات، هذا كله فيما إذا وقَف عَلىٰ شخْص معيَّن أو جهةٍ عامَّةٍ. وأمَّا إذا جَعَلَ البُقْعةَ مَسْجِداً أو مقبرةً، فهو فكٌّ عن المِلْك؛ كتحرير الرقبة، فينقطع عنها اختصاصات الآدميِّين، ولَيْسَ ذلك موْضِعَ الخلاف. وقوله في الكتاب: «وإنْ كان علَىٰ مُعَيَّن. . .» إلى آخر الأقوال الثلاثة يخرَّج منه طريقتان:

إحداهُمَا: أنّه إذا وقَفَ علَىٰ معيَّن، فهو مِلْكُ الموقوف علَيْه بلا خلاف، وإنْ وقَف على جهةٍ عامَّةٍ، فالمِلْكُ للَّه ـ تعالَىٰ ـ بلا خلاف.

والثانية: أنَّ في الحالَتَيْنِ الأقوالَ الثَّلاثَة، ثم إنَّهُ اختارَ الطَّريقةَ الأُولَىٰ، واستبعد نقل الملْك إِلَى اللَّه ـ تعالَىٰ ـ في الموقوف على المعيَّن؛ لأنّه لَيْسَ من القُرُبات، ونقل الملْك إلى الموقوف عليه في الجهات العامَّة؛ لأنَّ الوقف قد يكونُ على الرِّبَاطَاتِ، والقناطِرِ، وما لا يُنْسَب إليه ملْكٌ، هكذا وجْه[1] في «الوسيط».

واَعْلَمْ أنَّ عامَّة الأصحاب ساكِتُون عن الطريقة الأُولَىٰ، وعن الفَرْق بيْن أن يوقف على معيَّن أو على جهة عامَّة.

والأظهَرُ عندهم من الأقْوَال إضافةُ المِلْك إلى اللَّه ـ تعالىٰ ـ ولهم أنْ يقُولُوا في الجواب أمَّا أنَّ الواقف على المعيَّن، ليس من القُرُبَات، ففيه كلامٌ، وعلى التَّسْلِيم، فليس المعنَىٰ، بكَوْن المِلْك للَّه ـ تعالَىٰ ـ سوى انفكاكِ المحلّ عن ملك الآدميِّين، واختصاصهم، وذلك لا يَتوقَّف على القُرْبة، وقصدها؛ ألا تَرَىٰ أنَّ الكافر إذا أعْتَقَ، صار العتق لله ـ تعالى ـ وإن لم يكنْ منه قربةً.

وأمَّا الثاني: فقد قدَّمنا أنَّ المسجد، والرِّباط قد يكون لهما مِلْكٌ، كما يكون عليهما وقْفٌ.

وقوله في الكتاب: «وقيل بإطلاق ثلاثة أقوال» لا يتعلَّق بقوله: «ثم إن قال مسْجِداً» بل الغرضُ منْه الإشارةُ إِلَىٰ حالَتَي الوقْف على المعيَّن، على الجِهَةِ العامَّة.

وقوله في أَوَّل الفَصْل: «وتأثيره إزالة المِلْك» الأشبهُ أن تعود الكتابة إلى اللُّزوم، يعني أنَّ تأثيرَ اللزومِ إزالةُ المِلْك، ثمَّ إنْ كان المرادُ منه ملك [الرقبة، ففيه الخلافُ المذكور من بعْدُ، وإن كان المرادُ ملْكَ] التصرُّف والمنفعة، فهو قريبٌ من قوله بعده:

(١) في د: وجد.

«وحبس التصرُّف على المؤقُوف ويجوز أن يفسر قوله «وحبس التصرف على الموقوف» بقصر التصرُّف على ما يلائمُ غرَضَ الوَقْف، وينفع المؤقُوف عليه.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَيَمْلِكُ المَوْقُوفُ عَلَيْهِ الغَلَّةَ وَالثَّمَرَةَ وَالصُّوفَ وَالوَبَرَ مِنَ الحَيَوَانِ وبَدَلَ مَنْفَعَةِ البُضْعِ وَالبَدَنِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ الوَطْءُ للشُّبْهَةِ، وَهَلْ يَمْلِكُ نَتَاجَهُ؟ فِيهِ خِلاَفٌ لِأَنَّهُ يَتَرَدَّدُ بَيْنَ وَلَدِ الضَّحِيَّةِ وَهُوَ ضَحِيَّةٌ وَبَيْنَ لَبَنِ الحَيَوَانِ المَوْقُوفِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قاعدةُ الفَصْل أنَّ فوائدَ الوقْف ومنافعه للموْقُوف علَيْه يتصرَّف فيها تصرُّفَ المُلاَّكِ في الأملاك، فإنَّ الوقْفَ كذلك يَنْشَأُ، ويفصِّلُها أنَّ الوقفَ، إنْ كان شجرةً، ملَكَ الموقُوفُ علَيْه ثمارَهَا، لا يَمْلِكُ أغصانها، إلا فيما يعتادُ قَطْعَه؛ كشَجَرة الخلاف فأغصانها كثمارِ غيرها[1].

وإنْ كان الوقْفُ بهيمةً، مَلَكَ الصوفَ والوَبَر واللَّبَن، وفي النِّتَاج وجهان:

أظْهَرُهُمَا: أنَّ يملكه أيضاً؛ كاللبن والثمرة.

الثاني: : لا، بل يكون وَقْفاً؛ تَبَعاً للأُمِّ، كما أنَّ ولد الأضحيَّة يكون أضحيَّة، وبالأول قطعَ أبو الفَرجِ السَّرْخَسِيُّ في النَّعم.

وقال: فإنَّ المطلوب منها الدَّر والنَّسْل، والوجهان في ولَد الفَرَس والحِمَار.

وحكىٰ فيه وجهاً ثالثاً ضَعِيفاً؛ أنَّهُ لا حقَّ فيه للموقوف علَيْه، بل يُصْرَفُ إِلَىٰ أقْرَبِ النَّاسِ إلى الواقف إلاَّ إذا صرَّح بخلافه، وهذا الخلافُ في النِّتَاج الحادث بعْد الوقْف، فإن وقف البهيمةَ، وهي حاملٌ، وقلْنا: إنَّ الحادثَ بعْد الوقف وقْفُ، فههنا أوْلَىٰ، وإلاَّ، فوجهان بِنَاءً عَلَىٰ أنَّ الحمل، هَلْ له حُكْمٌ؟ وما ذكَرْناه في الدَّر والنسل مفروضٌ فيما إذا أطْلَقَ، أو شرطهما للمَوْقُوف عليه أمَّا إذا وقَفَ الدَّابَّةَ عَلَىٰ ركوب إنْسَانٍ، ولم يشترطْ له الدّر والنّسل. قيل: حكم الدَّرّ والنسل حكم وقف منقطع الآخر.

وقال صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ»: يَنْبَغِي أن يكون للواقِفِ، وهذا أَوْجَهُ، لأنَّ الدّر والنسلَ

---

(١) مراد المصنف بالثمرة، الحادثة بعد الوقف بدليل ما ذكره فيما بعد في الولد والنتاج، أما الثمرة الموجودة حال الوقف، فلا شك في أنها للواقف بل عن «مجرد» القاضي أبي الطيب أنه لو قال: وقفت هذا البستان بجميع حقوقه، دخل في الوقف كل متصل به كالبيع إلا الثمار فإن وقفها غير جائز، قيل: وإن كانت غير موبرة فلم لا يقال: إنها للموقوف عليه تبعاً.

قال الزركشي: صرح به الدارمي في الاستذكار وجعلها للواقف إذا كانت موبرة ثم قال: فإن لم تؤبر فقولان واستثنى الإمام في النهاية أيضاً إذا شرط قطع أغصان الأشجار مع بقائها ولعله فيما لا يموت بقطع غصنه لا في كل شجرة، ويقرب منه ما حكاه الروياني عن ابن سريج أنه إذا وقف أصل الشجرة دون أغصانها جاز قطعها وبيعها.

لا مَصْرَفَ لهما أوّلاً ولا آخِراً، بلْ هما غَيْرُ داخلَيْنِ في الوقْف، ونظيرُ المسألة في أنَّ الوقْف لبَعْضِ المنافع، والفوائد خاصَّةً، هل يجوز؟ لجوازه شواهدُ نذْكُرها علَىٰ الأثر، وأيْضاً، فقد ذكروا أنه لو وقفَ ثور؛ للإنزاء، جاز، ولا يجوز ٱستعمالُهُ في الحراثة.

ولا يجُوزُ ذَبْحُ البهيمةِ المَوْقُوفةِ المأكولةِ، وإنْ خرجَتْ عن ٱلاَنتفاع، كما لا يجوزُ إعتاق العَبْد، لكن إذا صارت بحيث يَقْطَع بمَوْتها، لو لم يُذْبَح.

قال في «التتمة»: يجُوزُ ذبْحُها للضرورة، ويباعُ اللَّحْمُ في أحد الطريقَيْن، ويَشْتَرِيَ بثمنه[(١)] بهيمةً من جنْسِها وتُوقَفُ.

وفي الثاني: إنْ قُلْنا: إنَّ المِلْكَ في الوَقْف للّه ـ تعالَىٰ ـ فعلى الحاكم ما يرى فيه المصْلحة. وإن قلْنا: للواقف أو للموقوف علَيْه، صرف إلَيْهما، وإذا ماتت البهيمةُ الموقوفةُ فالمَوْقُوفُ علَيْه أَوْلَىٰ بجلدها، وإذا دبغه، ففي عَوْدِهِ وقْفاً وجْهَانِ.

قال في «التتمة»: الظاهرُ العَوْدُ.

والمنافعُ المستحَقَّة للموْقُوف علَيْه يجوز أنْ يستَوْفِيَها بنَفْسه، ويجوز أن يقيم غيره مقامَه بإعارة منْه، أو بإجارةٍ، وتُصْرَف الأُجْرَةُ إلَيْه، هذا إذا كان الوَقْفُ مُطْلَقاً.

أمَّا إذا قال: وقَفْتُ دارِي؛ لِيسكُنَها من يُعَلِّم الصبيانَ في هذه القَرْيَة، فللمعلِّم أن يسكنها، وليس له أنْ يُسْكِنَ غيره بأُجْرَةٍ، ولا بغَيْر أُجْرةٍ[(٢)].

ولو قال: وقفْتُ داري علَىٰ أنْ تستغل، وتُصْرَفُ غلَّتُها إلَىٰ فلان، تَعيَّن الاستغلالُ، ولـم يجز له أنْ يَسْكُنَهَا كذا ذكرت الصورتان فيما جُمِعَ من فتاوى القَفَّالِ وغَيْره وفيهما تخصيصُ بعْضِ المنافِع والفوائِدِ بالوَقْف، وفي الوقْفِ المطْلَق، لو قَالَ الموقُوفُ علَيْه؛ أَسْكُنِ الدار، فقال القَيِّمُ: أكريها؛ لأصْرِفَ الغلَّة إلَىٰ مرمتها، فله أنْ يكري[(٣)]. ومتى

(١) في ز: بقيمته.

(٢) ما ذكره القفال من امتناع العارية في مسألة تعليم الصبيان يوافقه قول الإمام المذهب الظاهر الذي قطع به الأئمة أنه لو وقف داراً على معين وشرط ألا يسكنها ولا يؤجرها، ليس لهم أن يتعدوا موجب شرطه كالرباط والمدرسة، قال الزركشي: لكن عمل الناس على خلافه، ولم يزل الناس يسمحون بإعارة بيت المدرس والشيخ في الرباط، فإذا اقتضى الوفاء ذلك ولم يف بها غرض الواقف لم يمتنع، وعن الشيخ محيي الدين أنه لما تولى دار الحديث بالأشرفية وبها قاعة للشيخ لم يسكنها وأسكنها غيره ويؤيده ما في كتاب الصلح في الصلح على خدمة أن لصاحب الخدمة أن يخدمه غيره ويؤجر غيره في مثل عمله.

(٣) قال في الخادم: كان هذا فيما إذا اقتضى الحال الترميم بخلاف ما إذا كانت سليمة؛ لأنه مجرد عناد. نعم لو كان الواقف شرط أن يسكن ولا يؤجر فيحتمل اتباع الشرط ويؤيده إطلاق الإمام السالف قريباً.

وجب المَهْرُ بوطْء الجارية المَوْقُوفة، فهو للموقُوفِ علَيْه، كاللبن والثمرة؛ لأنَّهُ من الفوائد، وهو المراد؛ بقَوْله: «وبذل منفعة البُضْعِ وبذل منفعة البدن» هو الأُجْرَة، وقد بيّناها(١).

وأمّا قوله: «وإنْ لم يكن الوطْء للشبهة»، فاعلم أنَّ وطء الجارية المَوْقُوفة كما لا يجُوز للأجنبيِّ، لا يجوز للواقف، ولا للمَوْقُوف عَلَيْه.

أمَّا، إذا لم نثبت الملك لهما، فظاهر.

وأمّا إذا أثبَتْناه، فلأنَّهُ مِلْكٌ، ناقص لم يحدث نقصانه بوطءٍ سابق، فلا يفيدُ حِلَّ الوطْءِ، ويخرَّج بالقَيْد المذْكُور وطءُ أمِّ الولد، ولا يلزمُ وطءُ العبْدِ الجاريةَ التي ملّكَها السَّيِّد إيَّاه، حيث يجوزُ علَىٰ رأيٍ، تفريعاً على القَدِيم؛ لأنَّ المِلْكَ تم غَيْرُ ناقصٍ، وإنما الناقص المالك، فهي كجارية المَجْنُونِ يطؤها ولا يَتصرَّف فيها؛ لنقصانه، فإن وُطِئَت الموقُوفةُ، لم تَخْلُ عن أحوال:

إحداها: أنْ يَطَأَهَا أجنبيٌّ، فإن لم يكنْ هناك شبهةٌ، فعلَيْه الحدُّ، والولدُ رقيقٌ، ثم هو وقْفٌ أو ملْكٌ مطلق على وجهين، كما في نِتَاجِ البهيمة، ويجب المهْرُ، إن كانت مكرَهةً، وإن كانتْ مطاوِعَةً عالِمةً بالحَالِ، ففيه خلافٌ، وقد سبَق في موْضِعه.

وإنْ كان هناك شبهةٌ فلا حَدَّ، ويجب المَهْرُ، والوَلَدُ حرٌّ وعليه قيمته، ويكون مِلْكاً للموقُوفِ علَيْه، إنْ جعلْنا الولدَ ملكاً، وإلاَّ فيشتري بها عبدٌ ويوقف.

الثانيةُ: أنْ يطأها الموقُوفُ علَيْه، فإن لم تكن، شبهة فقد قيل: لا حَدَّ علَيْه لشبهةِ الملْك، وهذا ما أورده صَاحِبُ «الشَّامل» والأصحُ: أنه يُبْنَىٰ على أقوالِ المِلْك، إنْ جعلناه له، فلا حَدَّ، وإلاَّ، فعليه الحدُّ، ولا عِبْرَةِ بِمِلْكِ المنفعة، كما لو وَطِىءَ الموَصَىٰ له بالمنفعة الجارية(٢)، والوَلَدُ مِلْكٌ أو وقفٌ فيه الوجهان.

وإنْ وطىء بشبهة، فلا حدَّ، والولدُ حرٌّ ولا قيمةَ علَيْه، إنْ ملكناه ولَد الموقوفة، وإنْ جعلْنَاه وقْفاً، فيشتري به عبداً حرّاً ويوقَفُ، وتصيرُ الجاريةُ أُمَّ ولدِ له، إن قلنا: إنَّ المِلْكَ للموقوفِ علَيْه، فتعتق بموته، وتؤخذ قيمتها مِنْ تركته، ثم هِيَ لَمِنْ ينتقل الوقْف إلَيْه بعْده ملكاً أم يشترى بها جاريةً وتُوقَف؟ فيه خلاف نذكره في قيمة العبْد الموقوف،

---

(١) في د: قد مناها.

(٢) قال في القوت: هذا الترجيح والتوجيه ضعيفان، فقد جزم بعدم الحد مطلقاً القاضي أبو الطيب والروياني والإمام الغزالي في البسيط، وحكى عن رواية القاضي الحسين عن الأصحاب مطلقاً، وصرح أبو الطيب في المجرد والروياني في البحر بأنه لا حد لأنه يسقط بالشبهة، فهذا هو المذهب، وأما التوجيه فقد ذكرا في باب الوصايا أن الصحيح أنه لا حد على الموصي للشبهة. انتهى.

إذا قُتِلَ، ولا مَهْرَ على المَوْقُوف علَيْه بحالٍ؛ لأنَّه لو وجَب، لوجَبَ له.

الثالثة: أنْ يطأها الواقِفُ، فإنْ لم يكنِ الوطء بشبهة، تفرع على الخلافِ في المِلْك، إن لم نجعل المِلْكَ له، فعليه الحدُّ والولدُ رقيقٌ، وفي كونه ملكاً أو وقْفاً الوجهان، ولا تكون الجاريةُ أمَّ ولدٍ لَهُ، وإن جعَلْنا المِلْكَ له، فلا حدَّ.

وفي نفوذ الاستيلادِ، إن ٱستولَدَها الخلافُ في استيلاد الراهن؛ لتعلُّق حقِّ الموقوف علَيْه بها، وهذا أولَىٰ بالمنع، وإن وطىءَ بشبهة، فلا حدَّ، والولدُ حرٌّ نسيبٌ، وعلَيْهِ قيمتُهُ، وفيما يفعل بها الوجهان، وتصير أُمَّ ولدٍ له، إن ملَّكْناه، يعْتَقُ بموته، وتُؤْخَذُ قيمتها مِنْ تركته، وفيما يفعلُ بها الخلافُ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُ يُمْكِنُ تَزْوِيجُهَا ثُمَّ يَتَوَلَّى التَّزْوِيجَ مَنْ نَقُولُ: إِنَّ المِلْكَ فِيهَا لَهُ، فَإِنْ قُلْنَا: لِلْمَوْقُوفِ عَلَيهِ فَلاَ يَسْتَشِيرُ أَحَداً، وَإِنْ قُلْنَا: لِلَّهِ فَالسُّلْطَانُ يَسْتَشِيرُ المَوْقُوفَ عَلَيْهِ (و).

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في تزْويجِ الجاريَةِ المَوْقُوفَةِ وجهان:

أَحَدُهُمَا: المَنْعُ؛ لما فيه من نُقْصَانِ قيمَتِها ومَنْفَعَتها، ولأنَّها، إذا حَبَلَتْ، ضعُفَتْ عن العَمَلِ، وربَّما ماتَتْ في الطَّلْق، فيتضرَّر به أربابُ الوقْف.

وأظهرُهمَا: الجَوَازُ تحصيناً لها، وأيضاً، فإنَّ النِّكَاحَ عَقْدٌ على المَنْفعة، فلا يمنع بالوقف؛ كالإجارة، وعلَىٰ هذا فإنْ جعلْنا المِلْكَ للموقُوف علَيْه، فهو الذي يلي تزْويجَها، ولا يحتاجُ إلى ٱستشارةِ أَحَدٍ.

وإن قلْنا: للَّه تعالَىٰ فيزوجها له السلطانُ، ويستشير الموقُوفَ علَيْه؛ لأنَّ الحقَّ في منافِعِها لَهُ وكذا إن قلْنا: إنَّهُ للواقِفِ تزوجها بإذن الموقُوفِ عَليْه، وهذا جواب المعْظَم، وحكى صَاحِبُ الكتابِ في «الوسيط» وغيره وجهَيْن في أنَّ السُّلطانَ، هل يستشير الموقوفَ علَيْه؟ أنَّهُ، هلْ يستشيرُ الوَاقِف أيضاً؟ ويلْزَمُ مثْلُهُ في استشارةِ الوَاقِفِ، إذا زوَّج الموقوف علَيْه، والمهْر للموقوف علَيْه بكل حال، وولَدها من الزَّوْج للموقُوفِ علَيْه مِلْكاً، أو وَقْفاً على الخلاف الَّذي سبق[1].

فَرْع:

ليْسَ للموقُوف عليه أنْ يتزوَّجَ بها، إنْ قلنا: إنَّها مِلْكُهُ، وإلاَّ، فقد قيل بجَوَازِهِ.

والظَّاهر: المَنْعُ؛ ٱحتياطاً، وعلَىٰ هذا، فلو وقفَتْ عليه زوجته، ٱنْفَسَخَ النكاح.

---

(١) قال النووي: ولو طلبت الموقوفة التزويج، فلهم الامتناع.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَتَوْلِيَةُ أَمْرِ الوَقْفِ إِلَىٰ مَنْ شَرَطَ لَهُ الوَاقِفُ فَإِنْ سَكَتَ فَهُوَ إِلَيْهِ أَيْضاً لِإنَّهُ لَمْ يَصْرِفْهُ عَنْ نَفْسِهِ، وَقِيلَ: يَبْنِي عَلَى الأَقْوَالِ فِي المِلْكِ فَهُوَ لِلْمَالِكِ، ثُمَّ يُشْتَرَطُ فِي المُتَوَلِّي الأَمَانَةُ (و) وَالْكِفَايَةُ، وَيَتَوَلَّى العِمَارَةَ وَالإِجَارَةَ وَتَحْصِيلَ الرِّيعِ وَصَرْفَهَا إِلَىٰ المُسْتَحِقِّ وَيَأْخُذُ أُجْرَتَهُ إِنْ شُرِطَتْ لَهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: حقُّ التوليةِ في الأصْلِ للواقِفِ؛ لأنَّهُ المتقرِّبُ بصَدَقَتِهِ، فهو أحقُّ مَنْ يقوم بإمضائها، وصرْفُها إلَىٰ مصارفها، وقد ثَبَت أنَّ عُمَرَ ـ رَضِيَ اللَّه عنه ـ كان يلي أمْرَ صَدَقَتِهِ، ثم جَعَلَهُ إلَىٰ حَفْصَةَ، وبعْدَهَا إلَىٰ ذَوِي الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا.

فإنْ شرطَهَا الواقفُ لنفسه، أو لغَيْرِهِ، اتَّبع شرْطُهُ[1]، وأشار في «النهاية» إلَىٰ خلافٍ فيما إذا كان الوقْفُ علَىٰ معيَّنٍ، وشرط التولية للأجنبيِّ، هلْ يتبع شرطه؟ إذا فرّعنا علَىٰ أنَّ الملك في الوقْف للموقُوفِ علَيْه، والمشهورُ الأوَّل، فلا فرق بين أن يفوض في الحياة، وبيْن أن يوصِيَ في المماتَ فكلٌّ منهما معمولٌ به، وإن وقَف، ولم يشترط التولية لأحدٍ، فمنهم من أطْلَقَ فيه ثلاثةَ أوْجُهٍ:

أحدها: أنه للواقِفِ؛ لأنَّ النَّظَرَ والتصرُّف كان إليه، فإذَا لم يَصْرِفْه عن نفسه، بَقِيَ على ما كان.

والثَّاني: للموقوف عليه؛ لأنه النَّفْعَ والفائدةَ له.

والثالثُ: للحاكمِ؛ لأنَّهُ يتعلَّق به حقُّ الموقُوفِ علَيْه ومن بَعْدَه، فصاحبُ النَّظرَ العامِّ أولَىٰ بالنَّظر منه.

ومنهم من بَنَىٰ الأمر فيه علَى الخلاَفِ في مِلْك الرقبة، إن قلْنا: للواقِفِ، فالتوليةُ له، وقيل: للحاكِمِ؛ لتعلُّق حقِّ الغير به، وإنْ قلْنا: لله تعالَىٰ، فَهِيَ للحاكِمِ، وقيل: للواقِفِ، إذا كان الوَقْفُ علَىٰ جهةٍ عامَّةٍ، فإن قيامه بأمر الوقْف من تَتِمَّة القُرْبَة، وقيل: للموقُوف علَيْه، إذا كان الوقْف علَىٰ معيَّن؛ لأنَّ الرِّيعَ والمنْفعة لَهُ، وإن قلْنا: إنَّ المِلْكَ للموقُوف عليه، فالتوليةُ له، وذكر كثيرون أنَّ التوليةَ في صُورة السُّكُوت للواقف من غير حكاية خلاف ولا بناء على خلافٍ، فهذه ثلاثةُ طُرُقٍ، ونظْمُ الكتابِ يقْتَضِي ترجيحَ

(١) قال في الخادم: قضيته أنه ليس للقاضي أن يولي في المدرسة أو غيرها إلا عند فقد الناظر الخاص من جهة الواقف؛ لأنه لا نظر له معه، وكلامهم في باب الأقضية يدل عليه حيث قالوا: ثم ينظر في الأوقاف العامة والمتولي عليها، وذكرنا منها عن الماوردي أنه ينظر فيها أيضاً لأنها ستنتهي إلى العموم من جهة معرفة مصارفها، وقضيته امتناع التولية عليه فليتفطن لذلك فإن هذا قد تعم به البلوى من جهة القضاة وتحكمهم على الناظر الخاص.

الثَّالثة، لكن الذي يقْتَضِي كلامُ المُعْظَم الفتوَىٰ به أنْ يقال: إنْ كان الوقْفُ علَىٰ جهةٍ عامَّة، فالتوليةُ للحاكم، كما في الوقْف على المَسْجِد، والرِّباط، وإنْ كان الوَقْفُ على شخْصٍ معيَّن، فكذلكَ، إنْ جعلْنا المِلْكَ للَّه ـ تعالَىٰ ـ وإن جعلْناه للواقِفِ أو الموقوفَ عليه، فالتوليةُ كذلك، ثمَّ النظر في أمور:

أحدُهَا: لا بُدَّ من صلاحية المتولِّي لشغل التوليةِ، والصلاحية يثْبُت بصفَتيْنِ:

إحداهما: الأمانَةُ.

والأُخْرَىٰ: كفاءة التصرُّف، واعتبارُهُما كَٱعتبارِهِمَا في الوصيِّ والقيِّم ولا فرْقَ في اعتبارِهِمَا بيْن المنْصُوب للتَّوليَة، وبيْن الواقِفِ، إذا قلْنا: هو المتولي عند الإطلاق في الوَقْف، ولا بيْن الواقِفِ على الجهات العامَّة، والأشْخَاص المعيَّنين، وفيهِ وَجْهٌ: أنَّهُ لا يُشْتَرَطُ العدالةُ، إذا كان الوَقْفُ علَىٰ معيَّنين، ولا طِفْلَ فيهم، فإن خان حملوه على السَّداد، والمذْهب الأوَّلُ، حتى لو فوض إلى الموصوف[1] بالصفتَيْن معاً، ثم اختلَفا أو أحدُهُما ينزع الحاكمُ الوقْفَ منه.

والثاني: وظيفة المتولِّي العمارة والإجارة، وتحصيل الرِّيع وقسمتها على المستحقين، وحفْظ الأُصُول والغلات علَىٰ ٱلاَحْتِيَاط[2]، هذا عنْد الإطْلاَق، ويجوزُ أَنْ ينصب الواقِفُ متولِّياً في بعْض الأمورُ دُون بعْض، كما إذا جعل إلَىٰ واحد العمارة، وتحْصِيل الرِّيع، وإلَىٰ آخِر حِفْظِ الرِّيع وقسمتها على الأَرْبَاب، أو يشرط لواحد الحفْظ واليد، ولآخَرَ التَّصَرُّف.

ولو فوَّض إلى ٱثْنَيْنِ، لم يستقلَّ أحدهما بالتصرُّف، ولو قال: وقفتُ على أولادِي علَىٰ أن يكونَ النَّظَرُ لعدلَيْنِ منهم، فإنْ لم يكُنْ فيهم إلا عدْلٌ واحد، ضَمَّ الحاكمُ [إليه عدلاً آخر، وليْس للمتولِّي أن يأخذَ مِن، مال الواقف شيئاً؛ على أن يضْمَنَه، ولو فَعَل، ضَمِن، ولا يَجُوزُ له ضم][3] الضمان إلى مال الوقْف، وإقراض مالِ الوقْفُ، حُكْمُه حُكْمُ إقراض مالِ الصَّبِيِّ.

---

(١) في د: غير موصوف.

(٢) قال في القوت: تعلق بعض فقهاء العصر بقول الشيخين هنا في أنه ليس للناظر المشروط له النظر التولية في الوظائف في المدرسة وغيرها وربما تعلق بقولهما وظيفة كذا وكذا ظاناً أنه للحصر وصاروا يفتون بأن التولية في التدريس للحاكم وحده، وليس ذلك للناظر الخاص، وهذا غير سديد وكلام الرافعي ونحوه محمول على غالب التصرفات، ولو حمل على الحصر لكان محله الأوقاف التي ليس فيها إلا ذلك كما هو الغالب في الوقف على معين أو موصوف بصفة لا تحتاج إلى تولية وانتصب بعض الشراح رحمهم الله لنصر ذلك وأطال القول فيه.

(٣) سقط في: ب.

والثَّالثُ: لو شرَطَ الواقفُ للمتولِّي شيئاً من الرِّيع، جاز، وكان ذلك أُجْرَةَ عَمَلِهِ، ولم يذكُرْ شيئاً، ففي استحقاقه أجرةَ عَمَله الخلافُ المذكور فيما إذا استعْمَلَ إنساناً، ولم يذكر له أُجْرةً، ولو شرط للمتولِّي عُشر الرِّيع أجرةً لعمله ثم عزَلَه، بَطَلَ استحقَاقُه، وإن لم يتعرَّض لكونه أجرةً، ففي فتاوَى القَفَّالِ أنَّ استحقَاقَه لا يَبْطُلُ؛ لأنَّ العُشْرَ وقْفٌ علَيْه، فهو كأحدِ المَوْقُوف علَيْهم.

ويجوز أنْ يقالَ: إذا أثْبَتْنا الأُجْرَةَ بمجرَّد التفْويض؛ أخذاً من العادة، فالعادة تقْضِي بأن المشروط للمتولِّي أجرةُ عَمَلِه، وإن لم يَصِفْه بكونه أُجْرةً، ويلزم من ذلك بُطلانُ ٱلاَستحقاق بالعَزْل.

الرابع: للواقِفِ أنْ يعزلَ مَنْ وَلاَّه ويُنَصِّبَ غيرَهُ، كما يَعزِلُ الوكيل ويُنصَبُ غيره، وكان المتولِّيَ نائب عنه، هذا هو الظاهِرُ، وبه قال الإِصْطَخْرِيُّ وأبو الطَّيِّب بْنُ سَلَمَة.

وفيه وجْه: أنَّهُ ليس له العَزْلُ؛ لأنَّ ملكه قد زال فلا تبقَىٰ ولايَتُه عليه، وقبولُ المتولِّي يشبه أن يجيْءَ فيه ما في قبول الوكيل، أو في قَبُول المَوْقُوف علَيْه، ويُشْبِه أن تكونَ المسألةُ مصوَّرةً في التولية بعد تمام الوقْف دون ما إذا وقف بشَرْط أن تَكُونَ التولية لفُلاَنٍ؛ لأنَّ في فتاوى صاحب «التَّهْذِيب»: أنَّهُ لو وقَف مدْرسةً علَىٰ أصحاب الشافعيِّ - رضي الله عنه - ثم قال لعالِم: فوَّضْتُ إليك تدْريسَها أو ذهب ودرَّس فيها، كأن له تبديلُه بغيره، ولو وقَف بشَرْطِ أنْ يكون هو مُدَرِّسَهَا، أو قال في حالة الوقْف: فوَّضْتُ تدريسَهَا إلَىٰ فلان، فهو لازمٌ لا يجوز تبديله، كما لو وقَفَ علَىٰ أولاده الفُقَراءِ، لا يجوزُ التبديلُ بٱلأغنياء[1]، وهذا حسن في صيغَة الشرط وغَيْر متَّضِح في قوله: وقَفْتُها،

---

(١) إن ظاهر هذا الكلام أن للناظر الذي يعزل بغير جنحة تقتضي ذلك قال الشيخ البلقيني: ليس للناظر ذلك، ولا ينفذ عزله أو يكون ذلك قادحاً في نظره، ويؤيد ما قاله الشيخ البلقيني ما ذكره النووي من زيادته في باب قسم الفيء والغنيمة عن الماوردي أنه إذا أراد ولي الأمر إسقاط بعضهم أي بعض الأجناد المنزلين في الديوان بسبب جاز، وبغير سبب لا يجوز. انتهى.
وحيث جعلنا للناظر العزل لم يلزمه بيان مستنده كما أفتى به جمع من المتأخرين منهم الشيخ صدر الدين بن الوكيل والشيخ برهان الدين بن الفركاح والشيخ البلقيني، كما نقله عنه صاحبه الشيخ ولي الدين العراقي والشيخ شرف الدين المقدسي وافق على هذا إلا أنه قيده بما إذا كان الناظر موثوقاً بعلمه ودينه.
وقال الشيخ تاج الدين السبكي: لا حاجة لهذا القيد، فإنه إن لم يكن كذلك، لم يكن ذلك ناظراً، أو إن أراد علماً وديناً، زائدين على ما تحتاج إليه النظار، فلا يصح ما قال، ثم قال في أصل الفتيا وفقه من قبل أن الناظر ليس كالقاضي العام للولاية، فلم لا يطالب بالمستند وقد صرح شريح في أدب القضاء بأن متولي الوقف إذا ادعى على المستحقين الدفع وهم معينون وأنكروا، فالقول قولهم ولهم المطالبة بالحساب، وكذا قال غيره وحكي وجهين في أنه هل للإمام مطالبته بالحساب إذا لم يكونوا معينين.

وفوَّضْتُ التدريس فيها إليه والله أعلم[١].

وقوله في الكتاب: «فإن سَكَتَ، فهو إلَيْه أيْضاً» الكناية في قوله: «إليه» ترجع إلى الوَاقِفِ لاَ إلَىٰ من شرط له الواقِفُ؛ لأنه لا شَرْط في صورة السُّكُوت لكنْ قوله «أيضاً» إِنَّما يحسن، إذا كان مَنْ إلَيْه التوليةُ في الصورتَيْن واحداً، إلاَّ أنْ يقال: المشروط له نائبٌ عن الواقف بالحق في الحالتين للواقِفِ. وقولُه: «ويأخذ أُجرية إنْ شُرِطَتْ» له ظاهره يوافِقُ القَوْل بأنَّه لا أُجْرَةَ له عند عَدَمِ ٱلاْشتراطِ، وفيه الخلافُ الَّذي قدَّمناه.

فَرْعٌ:

في فتاوَىٰ صاحب «التهذيب» أنَّه لا يُبَدَّلُ بعْد موْت الواقف القَيِّمُ الذي نصبه كأنَّه يُجْعَلُ بعْد موْته بمثابة الوصيِّ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ عَبْداً فَنَفَقَتُهُ مِنْ حَيْثُ شَرَطَ، فَإِنْ لَمْ يَشْرِطْ فَمِنْ كَسْبِهِ، فَإِنْ بَطَلَ كَسْبُهُ فَعَلَىٰ مَالِكِهِ وَيُخَرَّجُ عَلَىٰ أَقْوَالِ الْمِلْكِ، وَلَوْ ٱنْدَرَسَ شَرْطُ الوَقْفِ فَيَنْقَسِمُ عَلَىٰ الأَرْبَابِ بِالسَّوِيَّةِ، فَإِنْ لَمْ يَعْرِفِ الأَرْبَابَ فَهُوَ كَوَقْفِ مُنْقَطِعِ الآخِرِ فِي

---

(١) قال النووي: [هذا الذي استحسنه الإمام الرافعي، هو الأصح أو الصحيح. ويتعين أن تكون صورة المسألة كما ذكر. ومن أطلقها، فكلامه محمول على هذا. وفي فتاوى الشيخ أبي عمرو بن الصلاح رحمه الله تعالى: أنه ليس للواقف تبديل من شُرط النظر له حال إنشاء الوقف وإن رأى المصلحة في تبديله، ولا حكم له في ذلك وأمثاله بعد تمام الوقف. ولو عزل الناظرُ المعين حالة إنشاء الوقف نفسَه، فليس للواقف نصب غيره، فإنه لا نظر له بعد أن جعل النظر في حالة الوقف لغيره، بل ينصب الحاكم ناظراً.

وفيها: أنه إذا جعل في حالة الوقف النظر لزيد بعد انتقال الوقف من عمرو إلى الفقراء، فعزل زيدٌ نفسه قبل انتقاله إلى الفقراء، لم ينفذ عزله، ولا يملك الواقف.

عزل زيد في الحال ولا بعدها كما تقدم.

وفيها: أنه ليس للناظر أن يسند ما جعل له من الإسناد قبل مصير النظر إليه.

وفيها: أنه لو شرط النظر للأرشد من أولاد أولاده، فكان الأرشد من أولاد البنات، ثبت له النظر.

وفيها: أنه إذا شرط النظر للأرشد من أولاده، فأثبت كل واحد منهم أنه الأرشد، اشتركوا في النظر من غير استقلال إذا وجدت الأهلية في جميعهم. فإن وجدت في بعضهم، اختص بذلك، لأن البينات تعارضت في الأرشد، فتساقطت وبقي أصل الرشد، فصار كما لو قامت البينة برشد الجميع من غير تفصيل، وحكمه التشريك لعدم المزية. وأما عدم الاستقلال، فكما لو أوصى إلى شخصين مطلقاً.

وفيها: أنه لو كان له النظر على مواضع في بلدان، فأثبت أهلية نظره في مكان منها، ثبتت أهليته في باقي الأماكن من حيث الأمانة، ولا تثبت من حيث الكفاية، إلا أن تثبت أهليته للنظر في سائر الوقوف.

المَصْرَفِ، وَلَوْ آجَرَ المُتَوَلِّي الوَقْفَ عَلَىٰ وَفْقِ الْغِبْطَةِ فِي الحَالِ فَظَهَرَ طَالِبٌ بِالزِّيَادَةِ لَمْ يُفْسَخْ عَلَى الأَقْيَس (و).

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في الفصل ثلاثُ مسائل:

المَسْأَلَة الأُولَىٰ: نفقةُ العَبْد والبهيمةِ الموقُوفَيْنِ منْ حيثُ شرْطُ الواقفِ، فإن لم يذكُرْ شَيْئاً، فالنفقةُ في الأكساب وعوض المنافع، فإنْ لَمْ يكُنِ العبدُ كَسُوباً، أو تعطَّل كَسْبُهُ، ومنافعه لزمانه أو مرض، أو لم يفِ كَسْبُه بنفقته، فيُبْنَىٰ علَىٰ أقوالِ المِلْك، إنْ قلْنا: للموقُوفِ عليه فالنفقةُ عليه.

وإن قلْنا: إنَّه للَّه ـ تعالَىٰ ـ ففي بَيْت المال كما لو أعْتَقَ عَبْداً لا كَسْب له، وإن قلْنا: للواقِفِ، فهي علَيْه؛ فإذا ماتَ، فَهِيَ في بيْت المال؛ لأنَّ التركة انْتقلَتْ إلى الورثة، والوقْفُ لم ينْتَقِلْ إليهم، فلا يلزَمُهم مؤنَتُه، قاله في «التتمة» وقياسُ قوْلنا: إن رقبة الوقْف للواقِفِ انْتقالها إلَىٰ ورثته، فإذا مات العبد فمؤنة تجهيزِه كنفقته في حيَاتِهِ.

أمَّا العَقَارُ الموقُوفُ، فعمارته من حَيْثُ شرط الواقف، فإنْ لم يشرط شيئاً، فمن غلته فإنْ لم يحصل منه شيْءٌ، لم يجب، على أحدِ عمارَتُهُ، كالمِلْكِ الخالِصِ بخلاف الحيوانِ تصان روحُهُ.

المَسْأَلةُ الثانية: لَوِ انْدَرَسَ شرْطُ الوقْفِ، ولم يعرف مقادير الاسْتِحْقاق، أو كيفيَّةُ الترتيب بيْن الأرباب، قسمت الغلَّةُ بينهم بالسَّويَّة[(١)]، إذ ليس بعضُهُمْ أولَىٰ بالتقديم والتفضِيلِ منْ بعْضٍ. وحكَىٰ بَعْضُ المتأخِّرين أنَّ الوَجْهَ التَّوقُّفُ إلَىٰ اصطلاحهم، وهو القياسُ، ولو اختلَفَ أربابُ الوقْف في شرط الوقف ولا بينة جُعِلَتِ الغَلَّةُ بينهم بالسَّوِيَّة، فإنْ كان الواقفُ حَيّاً، رجَعْنا إلى قوله، كذلك ذكره صاحبُ «المُهَذَّبِ» و«التَّهْذِيبِ».

ولو قيل: لا رُجُوعَ إلَيْه، كما لا رجوعَ إلَىٰ قول البائعِ عنْد اخْتلافِ المشتريين في كيفيَّة الشراء لما كان بعيداً[(٢)].

المسألةُ الثَّالِثَةُ: للواقِفِ، ولِمَنْ ولاَّه الواقِفُ إجارة الوقف، وإذا لم ينصب

---

(١) قال في الخادم: ما أطلقوه من التسوية لا بد فيه من قيدين:
أحدهما: ألا تكون العادة فيه قاضية بالتفضيل، فلو كانت لم يسو قطعاً كالمدرس والطالب.
الثاني: ألا يوجد اصطلاح سابق، فلو اندرس شرط الواقف فيه المدرسة ووجد من النظار السابقين تعزيز شيء اتبع؛ لأن الظاهر استناد تصرفهم إلى أصل.

(٢) قال النووي: الصواب: الرجوع إليه، والفرق ظاهر. وقولهم: جعل بينهم، هو فيما إذا كان في أيديهم، أو لا يد لواحد منهم. أما لو كان في يد بعضهم، فالقول قوله. قال الغزالي وغيره. فإن لم يُعرف أرباب الوقف، جعلناه كوقف مطلق لم يذكر مصرفه، فيصرف إلى تلك المصارف.

الواقفُ للتولية أحداً، فالخلافُ فيمن له التوليةُ قدْ مرَّ.

فإن قلْنا: إن المتولِّي الحاكمُ، فهو الذي يُؤَجِّر.

فإنْ قلْنا: إنَّهُ للموقوف علَيْه؛ بناء على أن الملك له ففي تمكينه[1] من الإجارَةِ وجهان. قال في «التتمة»: المذْهَبُ فيهما التمكين، فإنْ كان: الوقْف على جماعةٍ اشتَرَكُوا في الإجَارَة، فإنْ كان فيهم طفلٌ قامَ وليُّهُ مَقَامَهُ.

والثاني: المنْعُ؛ لأنَّهُ ربَّما يمُوتُ في المدَّة، فتبين أنَّه يصرف في حقِّ الغير، فإن كان الواقِفُ قدْ جعل لكلِّ بطْنٍ منهم الإجارة، فلهُمُ الإجارةُ لا محالَةَ، وكانَ ذلك تفويضاً للتوليةِ إلَيْهم، إذا عَرَفْتَ ذلك، فإذا أَجَّر الموقوف عليه بحكم الملك، وجوَّزنا، فزادَتِ الأجرةُ في المدة، أو ظهر طالبٌ بالزيادة، لم يتأثَّر العقدُ به، كما لو أجَّر ملْكَه المطلق، وإنَّ أجَّر المتولِّي بحقِّ التولية، ثم حَدَثَ ذلك، فكذلك الجوابُ علَىٰ أصحِّ الأوجه؛ لأنَّ العقْدَ حين جرَىٰ كان على وجه[2] الغِبْطَة، فأشبه ما إذا باع وَلِيُّ الطِّفْلِ مالَهُ، ثم ارتفعَتِ القيمةُ بالأَسْوَاق، أو ظهر طالبٌ بالزيادة.

والثاني: أنَّهُ ينْفَسِخُ العقْدُ؛ لأنَّه تبين وقوعُه علَىٰ خلاف الغِبْطة في المُسْتقبل.

والثالث: إنْ كانت الإجارةُ سَنَةً فما دونها، لم يتأثَّر العَقدُ، وإن كانَتْ أكثرَ، فالزيادةُ مردودةٌ، وهذا ما أورده أبو الفَرَجِ الزَّاز في «الأمالي».

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلَوْ تُعَطَّلَ المَوْقُوفُ وَبَقِيَ لَهُ أَثَرٌ نُظِرَ، فَإِنْ كَانَ البَاقِي هُوَ الضَّمَانَ بِأَنْ قُتِلَ العَبْدُ فَيُشْتَرِي بِهِ المِثْلُ وَيُجْعَلُ وَقْفاً، وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ عَبْدٌ فَشِقْصُ عَبْدٍ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يُصْرَفُ مِلْكاً إِلَىٰ المَوْقُوفِ عَلَيْهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تعطُّلُ الموقوفِ، واختلالُ منافِعِه يُفْرَضُ من وجهَيْنِ:

أحدُهُمَا: أن يَحْصُلَ بسببِ مضمونٍ، كما إذا قُتِلَ العبْد الموقوفُ، ولا يخْلُوا قتله؛ إما ألاَّ يتعلَّق به القصَاصُ أو يتعلَّق:

أمَّا القِسْمُ الأوَّل؛ فينظر في القاتلِ، أهو أجنبيٌّ أو الموقوفُ عليه أو الواقفُ؟

الحالةُ الأُولىٰ: إذَا قتَلَه أجنبيٌّ، فعليه قيمتُهُ، لبقَاءِ الماليَّة فيه؛ كأُمِّ الولد، وفيما يُفْعَلُ بها طريقان:

أحَدُهما: يخرَّج مصرفها علَىٰ أقوال الملك، إنْ جعلْنا المِلْكَ للَّه ـ تعالَىٰ ـ فيشتري بها عبداً آخَرَ، ليكون وقْفاً مكانَهُ، فإنْ لم يوجَدْ، فشقْصُ عبْدٍ بخلاف ما إذا

---

(١) في د: تمكنه. (٢) في ب: وفق.

أُتلفت الضحيَّة، ولم يوجدْ بقيمتها إلاَّ شقْصَ شاةٍ؛ لأنَّه لا يضحَى ببعض الشاة، ويوقَفُ بعضُ العَبْدِ، وإنْ جعْلنا المِلْكَ للموقوفِ علَيْه، أو للواقف، فوجهان:

أصحُّهمَا: إنَّ الجواب كذلك؛ كيْلاَ يَبْطُلَ غَرضُ الواقف؛ وحقُّ البطن الثاني والثالث والثاني أنها تُصْرف ملْكاً إلَىٰ مَنْ حكَمْنا له بِمِلْك الرَّقَبَة؛ فإنها بدَلُ ملْكِهِ، وينتهي الوقْف. والطريقُ الثاني: القطْعُ بشراء عبد بها؛ ليكون وقْفاً مكان الأوَّل؛ لأنَّ حقَّ الوقْف أَوْثَقُ منْ حقِّ الرَّهْن، فإذا كان بدلُ المرهونِ مرهوناً، فبدل الوقْف أولَىٰ أنْ يكونَ وقْفاً، وبهذا قال الشيخُ أبو حامد، وأصحابُ الطريقَيْن متفقُونَ علَىٰ الفتوَىٰ بصرفها إلَىٰ عبد، وإذا اشتُرِي بها عبْد، وفضل شيءٌ، فيعود ملكاً للواقِفِ، أو يُصْرَف إلى الموقوفِ علَيْه؟ في فتاوَى القَفَّال حكايةُ وجهين فيه[1]، ورأيْتُ ـ في «الجرجانيَّات» لأبي العَبَّاسِ الرُّويَانِيِّ تفريعاً على ما به الفتوَىٰ ـ أبحاثاً:

أحدُهَا: : أنَّ العبد الذي يجْعَلُه بدلاً من يشتريه، وهو مبنيٌّ على الخلاف في المِلْك، إن جعلْناه للَّه ـ تعالى ـ فيشتريه الحاكمُ، وإنْ جعلْناه للموقُوفِ علَيْهِ، فالموقوف عليه، وإن جعلْناه للواقِفِ، فوجهان؛ لأنَّهُ لا يملك المنافع والفوائد، هكذا ذكره، ولك أن يخرجَ الوجهين في أن الموقوفَ علَيْه، هل يشتري؛ لأنَّ كونه غَيْرَ مالِكٍ للمنفعة، إن منع من الشراء، فكَوْنُه غَيْرَ مالكٍ للرقبة أولَىٰ أن يُمنَع منه، ولا يجُوزُ للمتْلف أن يَشْتَرِيَ العَبْدَ وَيُقِيمَه مُقَام الأوَّل؛ لأنَّ الشيْءَ، إذا ثبَتَ في ذمَّته، فليْسَ له استيفاؤه منْ نفْسِه لغيره.

والثاني: العبْدُ المُشْتَرَىٰ يصير وقْفاً بالشراء أم لا بدَّ من عقْدٍ جديدٍ؟ حكَىٰ فيه اختلافاً للأصحاب جَارِياً في بدل المرْهُون، إذا أتلف، والَّذي ذكره صَاحِبُ «التتمة» فيهما الثاني، وقال بالحاكمُ هو الذي ينشىء الوقْف، ويشبه أنْ يقال: مَنْ يباشر الشراء يحدِّد الوقْفَ[2].

والثَّالثُ: لا يجوز شراء جارية بقيمةِ العَبْد، وبالعكْسِ، ففي جواز شراء العبْدِ الصَّغير بقيمة الكَبير، وبالعَكْس وجهان[3].

والحالةُ الثَّانيةُ والثالثةُ: إذا قتَلَه الموقُوفُ علَيْه، أو الواقِفُ، فإذا صرفنا القيمةَ إلَىٰ أحدِهما في الحالة الأُولَىٰ ملكاً، فلا قيمة عليه، إذا كان هو القاتل، وإلاَّ، فالحكْمُ والتَّفريعُ كما في الحالة الأُولىٰ.

---

(١) قال النووي: الوجهان معاً ضعيفان، والمختار أنه يشتري به شقص عبد، لأنه بدل جزء من الموقوف والتفريع على وجوب شراء عبد.

(٢) قال النووي: الأصح: إنه لا بد من إنشاء الواقف فيه ووافق المتولي آخرون.

(٣) قال النووي: أقواهما: المنع، لاختلاف الغرض بالنسبة إلى البطون من أهل الوقف.

وأمّا القسْمُ الثّاني: وهو ما يتعلّق به القَصَاص، فإنْ قلْنا: المِلْكُ فيه للواقِفِ، أو الموقُوف علَيْه، فيجبُ القصاص، ويستوفيه المالكُ منهما.

وإن قلْنا: المِلْكُ للّه ـ تعالى ـ فهو كعبيد بيت المال، والظّاهر وجُوب القِصَاص، قاله في «التتمة» ويستَوْفِيه الحاكمُ.

وحُكْمُ أرُوشِ الأَطْراف والجنَايَاتِ على العبْدِ الموقُوفِ فيما دُونَ النَّفْسِ حُكْمُ قيمته في جميع ما ذكرنا.

وعن صاحبِ «التَّقْرِيبِ» حكايةُ وجْهٍ أيضاً: أنه يُصْرَف إلى الموقُوف علَيْه على كلِّ قَوْل، وينزل منزلة المهر والأكْسَاب، وكما تتعلّق الجناية على العَبْد الموقُوف بالخلاف في المِلْك، فكذلك تتعلّق به جنايةُ العبْد الموقوف، وحكْمُها علَىٰ ٱلاَختصار أنها إن أَوْجَبَتِ القَصَاصَ، فللمُسْتَحِقِّ ٱلاَستيفاءُ، فإنْ ٱستوفَىٰ فات الوقف، كما لو مات، وإنْ عفا علَىٰ مال أو كانت موجبة المال، فلا يتعلّق برقبته لتعذُّر بيع الوقْف، ولكنه يُفديه كأمِّ الولَدِ، إذا جُنَّت، ومن الذي يَفْدِي، إن جعلْنا المِلْكَ فيه للواقِفِ، فهو الذي يفْدِيه، وإنْ جعلْناه للّه ـ تعالَىٰ ـ فثلاثةُ أوْجُه:

أظهرها: وبه قال أبو إسحاقَ: أنه يَفْدِيه الواقِف أيْضاً؛ لأنّه بالوقف[1] منع من بَيْع، فكان كالمستولد لما منع بالاستيلاد من بَيْعها فداها.

والثاني: أنَّ فِدَاهُ في بيْت المَالِ.

والثالث: أنّهُ يتعلّق بكسبه؛ لأنّهُ إذا تعذَّر التعليق بالرَّقَبة، فأقرب الأشياءِ إلَيْه كسْبُه، فيتعلَّق به كحقوقِ النِّكَاح. وإن قلْنا: إنَّ المِلْكَ للمَوْقُوف عليه، فجواب الأكثرين [أنَّ الفِدَاءَ عليه، وحكى الإمامُ وجهين آخرين معه.

أحدهما: أنّهُ علَىٰ الوَاقِف.

والثاني: أنا إنْ قُلْنا: إنَّ الوَقْفَ لا][2] يَفْتَقِر إلى القَبُول، فهو على الوَاقِف، وإنْ قلْنا: إنّه يفتقرُ، فهو علَىٰ المَوْقُوف علَيْه؛ لأنّهُ [بِقَبُوله] تسبب إلَىٰ تحقيق الوقْفِ المانِعِ منَ البَيْع، وقد ٱنضمَّ إليه كونُهُ مَالِكاً.

فرْعَانِ علىٰ إسجاب الفداء على الوَاقِف:

أحدُهُما: لو كان الوَاقِفُ، قدْ مات، فَفِي «الجرجانيات» أنّه، إن ترك مالاً، فعلى الوارِثِ الفِداءُ فيه؛ لأنَّ العبْدَ ممنوعٌ بسببٍ صَدَرَ منه في الحياة، فلزِمَه ضمان جنايته في

(١) في د: لما وقف.
(٢) سقط من: ب.

مالِهِ. وقال في «التتمة»: لا يفدى من التركة؛ لأنَّها انتقلت إلى الوارث، والمِلْك في الوقف مَا انْتقل إليه، وعلَىٰ هذا، ففي وجْهٍ يتعلَّق بكسبه، وفي وجْهٍ يفدى منْ بيْت المال كالحر المُعْسِر الذي لا عاقِلَة له.

الثاني: لو ماتَ العَبْدُ عَقِيبَ الجناية بلا فصل، ففي سُقُوط الفداء وجهان:

أحدُهُمَا: يسقُطُ كما لو جَنَى القِنُّ، ومات.

وأظْهَرُهُمَا: وبه قال ابْنُ الحدَّاد: أنه لا يسقط؛ لأنَّ تضمينَ الواقِف كان بسببِ كونِه مانعاً من البَيْع بالوقْف، ويخالفُ العَبْد القِنّ، فإنَّ الأَرْشَ متعلِّقٌ برقبته، وإذا مات، فلا أَرْشَ، ولا فداءَ، ويجْرِي الخلافُ فيما إذا جَنَتْ أمُّ الولد، وماتت وتكرُّرُ الجناية من العبد الموقُوف كتكرُّرِها من أمِّ الولد[١].

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَإِنْ كَانَ شَجَرَةً فَجَفَّتْ فَقِيلَ: يَنْقَلِبُ الحَطَبُ مِلْكاً لِلوَاقِفِ، وَقِيلَ: هُوَ مِلْكٌ لِلمَوْقُوفِ عَلَيهِ، وَقِيلَ: يُبَاعُ وَيُشْتَرَىٰ بِهِ شِقْصُ شَجَرَةٍ وَيُجْعَلُ وَقْفاً، وَقِيلَ: يُنْتَفَعُ بِهِ جِذْعاً وَلاَ يُبَاعُ وَلاَ يُمْلَكُ؛ لأَنَّهُ عَيْنُ الوَقْفِ، وَالحَصِيرُ فِي المَسْجِدِ إِذَا بَلِيَ وَنَحَاتَةَ خَشَبه قِيلَ: إِنَّهُ يُبَاعُ وَيُصْرَفُ فِي مَصَالِحِ المَسْجِدِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يُحْفَظُ فَإِنَّهُ عَيْنُ وَقْفِهِ فَلاَ يُبَاعُ، وَكَذَا القَوْلُ فِي الجِذْعِ المُنْكَسِرِ وَالدَّارِ المُنْهَدِمَةِ، أَمَّا المَسْجِدُ نَفْسُهُ إِنِ انْهَدَمَ وَتَفَرَّقَ النَّاسُ مِنَ البَلَدِ فَلاَ يَعُودُ مِلْكاً لِأَنَّهُ يُتَوَقَّعُ أَنْ يَعُودَ إِلَيْهِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الوجْهُ الثَّانِي: أن يَحْصُلَ التَّعطُّلُ بِسَبَبِ غَيْرِ مضمون فإن لم يَبْقَ منه شيْءٌ، ينتفع به، كما إذا مات العَبْدُ الموقوفُ فقدْ فاتَ الوَقْفُ، فإنْ بَقِيَ كما إذا وقَف شجرَةً، فجفَّتْ، أو قلعتها الرِّيحُ، [ففيه] وجهان:

أحدُهُما: أنَّ الوقْفَ ينقطع كما إذا ماتَ العَبْدُ؛ لأنَّ الوقْفَ منوطٌ بٱسْم الشجرة، والباقِي جُذْعٌ، أو حَطَبَ لاَ شجرةٌ، فعلَىٰ هذا ينقلبُ الحَطَبُ ملكاً للواقِفِ.

وأصحُّهُمَا: المَنْعُ، وَعَلَىٰ هذا فوجهان[٢]:

أحدهُمَا: أنَّهُ يُبَاعُ ما بَقِي؛ لتعذُّرِ ٱلٱنْتفاع بشَرْط الواقف، وعلَىٰ هذا، فالثمن كقيمة المتلَف فعلَىٰ رأيٍ؛ يصرف إلى الموقوف عَلَيْه ملكاً.

(١) قال النووي: وحيث أوجبنا الأرش في جهة وجب أقل الأمرين من قدر قيمته والأرش، كذا صرح به الأصحاب، منهم صاحبا «المهذب» و«التهذيب» وأما قول صاحب «البيان» إذا أوجبنا على الموقوف على تعين الأرش، فشاذ باطل.

(٢) عبر في المنهاج بالمذهب وتعقبه الخطيب الشربيني فقال: لو عبر كالمحرر والروضة وأصلها الأصح كان أولى، فإن المقابل وجه يقول إن الوقف ينقطع وينقلب ملكاً كما أشار المصنف.

وعلَىٰ رأيٍ؛ يشتري به شجرةً، أو شِقْصَ شجرة من جنْسِها؛ لتكون وقْفاً مكان الأول، ويجوز أن يشتري به وديٌّ يغرس في موْضِعِها.

وأصحُّهما: منْعُ البيع؛ لأنَّه عينُ الوقف، والوقْفُ لا يُبَاع، ولا يُورَثُ؛ على ما ورد في الخبر، فعَلَىٰ هذا وجهان: **أحدهما**: ينتفع بإجارته جِذْعاً؛ إدامةً للوقف في عينه.

والثَّاني: يصيرُ ملْكاً للمَوْقُوف علَيْه، كما ذكَرْنا في قيمة العَبْد المُتْلَف، واختار صاحب «التتمة» وغَيْره الوجّه الأول، إن أمكن استيفاء. منفعةٍ منه مع بقائه.

والوجْهُ الثَّاني: إنْ كانت منفعتُه في اَستهلاكه. وزمانه العبد الموقوف كجفاف الشَّجرة[1]. وحُصُر المَسْجِد؛ إذا بَلِيَتْ ونحاتة أخشابه إذا نخرت وأستار الكعبة، إذا لم يبْق فيها منفعةٌ ولا جمال، ففي جواز بَيْعها وجهان:

أصحُّهما: أنَّها تُبَاعَ، لئلا تضيع أوْ يَضيقُ المكانُ بها من غير فائدة.

والثاني: لا تُبَاع؛ لأنَّها عين الوقْف، بل تترك بحالها أبَداً وعلَىٰ الأوَّل قالوا: يُصْرَفُ ثَمَنُها في مَصَالِح المسجد، والقياسُ أن يشتري بثَمَنِ الحصير حُصُراً، ولا يُصْرَفُ إلَىٰ مصلَحةٍ أُخرىٰ، ويُشْبِه أن يكونَ هو المرادَ مما أطْلَقُوه، وجذعُه المنْكَسِرُ، إذا لم يَصْلُحْ لشَيْءٍ سوى الإحْراق، جاء فيه هذا الخلافُ، وإن أمكن أن يتخذ منه أبوابٌ وألواحٌ.

قال في التتمة: يجتهد الحاكمُ ويستعملُه فيما هو أقْرَبُ إلَىٰ مقصود الواقفِ، ويجري الخلافُ في الدَّار المنْهدِمَة، وفيما إفا أشرف الجِذْع علَىٰ الانكسار، والدَّارُ علَىٰ الانهدام[2] قال الإمام: وإذا جوَّزنا البيعَ، فالأصحُّ صَرْفُ الثَّمَنِ إلى جهة الوقْف.

---

(١) قال النووي: هذا إذا كانت الدابة مأكولة، فإنه يصح بيعها للحمها، فإن كانت غير مأكولة، لم يجيء الخلاف في بيعها، لأنه لا يصح بيعها إلا على الوجه الشاذ في صحة بيعها اعتماداً على جلدها.

(٢) قال في الخادم: ما صححه من جواز البيع تابع فيه للإمام، وقيل إنه من مفردات الإمام والذي يقتضيه كلام الجمهور ترجيح المنع.
قال وفي البحر قال القاضي الطبري في الجذع لا أعرف أحداً من أصحابنا جوز بيعه. وقال مرة أخرى: فيه وجهان إذا لم يمكن استعمالها بوجه وأطلق ابن القاص في التلخيص أنه لا يجوز بيع أستار الكعبة إلى آخر ما ذكره، وأما قول الشيخ ويجري الخلاف في الدار المنهدمة إلى آخره. اعترضه المتأخرون كالشيخ الإمام السبكي والأذرعي وغيرهم.
وحاصل كلامهم أن الخلاف صحح في الجذع المشرف على الانكسار، حكاه الإمام ولم يرجح شيئاً، وأما الدار المشرفة على الانهدام والمنهدمة، فقالوا: لم يصرح أحد من الأصحاب في=

وقيل: هو كقيمة الموقوف، إذا أتلف، فَعَلَىٰ هذا يُصْرَفُ الثمن إلى الموقوف علَيْه مِلْكاً على رأيٍ. وإذا قيل به، فلو قال الموقُوفُ علَيْه: لا تبيعوها، وٱقْلِبُوها إلَىٰ ملكي، فالمذهبُ أنَّهُ لا يُجَابُ، ولا تنقلب عين الوقْف ملكاً، بل ارتفاع الوقْف موقوفٌ على البيع، وأبْعَدَ بعضُ الأصحابِ، وأجازه، وزَعَمَ، أنه ينقلِبُ ملْكاً من غير وقف عقْد.

وقول ثالث ولو ٱنهدمَ المَسْجِدُ نَفْسُه، أو ضربت المحلَّةُ، وتفرَّق عنها الناسُ، وتعطَّل المسجد، فلا يعودُ ملْكاً بحال، ولا يجوزُ بَيْعُهُ[1] كالعبْد، إذا أعتقه، ثم زَمِنَ، ولا يشبه جفاف الشجرة؛ لأنَّهُ يتوقع عوْدُ الناس والعمارة قائمة، وهذا كما لو وقَف علَىٰ ثغر، فٱتَّسعَتْ رقعة الإسلام بحفْظِ رِيعِ الوَقْف؛ ٱحتمال عَوْده ثغراً.

وأيضاً، فٱلاَنتفاع، في الحال بالصلاة في العَرْصَة ممكنٌ، ثم المسْجد المعطَّل في الموضع الخراب إن لم يُخف من أولى الفساد نقضه لم ينقض وإن خيف، نقض وحفظ. وإن رأى الحاكم أن يعمر بنَقْضه مَسْجداً آخر، جاز، وما كان أقربَ إليه، فهو أَوْلَىٰ، ولا يجوز صَرْفُه إلَىٰ، ولا يجوز صَرْفه إلَىٰ عمارة بئر، أو حَوْض، وكذا البئْرُ الموقوفة، إذا خربت، يُصْرَف نقضها، إلى بئراً أُخرَىٰ أو حوْضٍ لا إلى المسجد، ويراعَىٰ غَرض الواقِفِ ما أمكن. وجميع ما ذكرناه في حُصُر المسجد، ونظائرها فيما إذا

= المنهدمة بجواز البيع فضلاً عن أحكام الخلاف فيه، بل كلهم قطعوا بأنه لا يجوز بيعها ولم ينقلوا الجواز إلا عن الإمام أحمد مع حكاية عامتهم الخلاف في الحصر والخدوع إذا تلفت، وساق الشيخ الإمام السبكي في شرح المنهاج والأذرعي في التوسط وشرح المنهاج والزركشي في الخادم يطول ذكر ما حصل كلامهم أن كتب المذهب من الطريقتين شاهدة بخلاف ما ذكره الرافعي، فظهر أن الإمام منفرد بنقل الخلاف في المشرفة، والرافعي منفرد بذكر الخلاف في المنهدمة وباقتضائه التصحيح فيها وفي المشرفة بالجواز على أن الإمام لما حكى الخلاف في المشرفة عزي للأكثرين المنع.

(١) قال الشيخ جلال الدين البلقيني في حاشية الروضة:
وكما لا يجوز بيعه لا يجوز إجارته للسكنى وهذا واضح، وكذلك البئر الموقوفة لنقل الماء لميضأة لا يجوز بيعها ولا إجارتها وقد وقعت هذه المسألة في الأقبغاوية لها زمن طويل لا ينتفع بها لأن ميضأتها خلطت مع ميضأة جامع الأزهر، ثم أريد إجارتها فأفتيت بأنه لا يجوز إجارتها لأن هذه موقوفة لينتفع بها في وضوء المصلين، فإذا تعذر هذا الانتفاع، لم تبع ولم تؤجر لأن الماء يصير ملكاً للمستأجر لأن البئر ليستقي ماؤها تصح إجارتها ويملك المستأجر الماء الذي في البئر، وتقع الإجارة هنا لغيره، وهي مستثناة من أصل قاعدة الإجارة أنها لا يقصد لها إلا المنفعة. وحينئذٍ فلا تصح إجارة هذه البئر ليستقي ماؤها كما لا تصح إجارة المسجد المعطل لسكنى، وسئلت عن إجارة جدار المسجد لوضع جذوع جار المسجد حيث لا يضر بالمسجد فظهر لي أنه لا يجوز لأن الجدار أيضاً مسجد، فلا يجوز الانتفاع به كما لا يجوز بيعه، ولا يجوز إجارته.

كانتْ موقوفةً على المسجد. أمَّا ما اشتراهُ المتولِّي للمسجد، أو وهَبَه منه واهب وقبله المتولِّي، فيجوزُ بيعه بلا خلافٍ عنْد الحاجة؛ لأنَّهُ ملك حتَّى إذا كان المشتَرِي للمسْجِدِ شِقْصاً، كان للشَّريكِ الأخْذُ بالشُّفْعة، ولو باع الشريك، فللمتولِّي الأخذُ بالشُّفعة عنْد الغبطة، هكذا ذكروه[1] والله أعْلَم، وبالله التوفيق. وهذه مسائلُ وفروعٌ تدخل في الباب الأوَّلِ:

إذا وقف ضَيْعةً على المُؤَنِ التي تقعُ في قرية كذا منْ جهة السُّلْطان، ففي «فتاوى القَفَّال» أنَّه جائزٌ، وصيغته أن يقول: تصدَّقت بهذه الضَّيْعَة صدقةً محرمةً علَىٰ أن تُستَغَلَّ فما فصل من عمادتها صُرِف إلَىٰ هذه المُؤَن، ويَجُوزُ الوقْف علَىٰ أقارِبِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إذا جَوَّزنا للوقف على قَوْم غير محصورين. وعن الشيخ أبي محمَّد: أنَّه وقع في «الفتاوى» زمن الأستاذ أبي إسحاق أنَّ رجلاً قال: وقفتُ دارِي هذه على المساكِينِ بعْد مَوْتي، فأفتى الأستاذُ بصحَّة الوقْف بعد المَوْت، وساعَدَه أئمةُ الزَّمَانِ، وهذا كأنه وصيَّة، ويدُلُّ عليه أنَّ في «فتاوى القفَّال»: أنَّه لو عَرض الدَّار على البَيْع، صار رَاجِعاً عنه. وأيضاً أنَّه لو قال: جعلْتُ داري هذه خانِقاها للغُزَاة، لم تَصِرْ وقْفاً بذلك.

وأنَّه لو قال: تصدَّقْتُ بداري هذه صدقةً محرمةً يُصْرَفُ من غلَّتها كلَّ شهر إلىٰ فلان كذا، ولم يزدْ عليه، ففي صحَّة هذا الوقْف وجهان، إن صحَّ، ففي الفاضل عن المقْدَارِ أوجه:

أحدُها: الصَّرْفُ إلَىٰ أقرب النَّاس إلى الواقِف.

والثاني: الصَّرْفُ إلى الفُقَراء.

والثالث: أنَّه يكونُ مِلْكاً للواقِف.

وأنَّه لو قال: جعلْتُ هذه الدار للمَسْجد، أو دفَع داراً إلى قيِّم المسْجِد، وقال: خُذْها للمَسْجِد، أو قال: إذا مِتُّ، فأَعْطُوا مِنْ مالي ألْفَ درْهم للمسْجِد، أو فدَارِي للمسْجِد لا يكونُ شيئاً؛ لأنَّهُ لم يوجد صيغةُ وقْفٍ، ولا تمليك، ولك أنْ تقولَ: إن لم يكنْ هذا صريحاً في التمليك، فلا شَكَّ في كونه كنايةً، وأنَّه لو قال: وقفتُ داري عَلَىٰ زيْد، وعلى الفقراء، فيبنَىٰ على ما إذا وصَّى لزيد والفقراء، فإن جعلْناه كأحَدِهم، صحَّ الوقفُ، ولا يُحرم زيْد.

وإن قلْنا: النِّصفُ له، صحَّ الوقْف في نصْف الفقراء، ووقف النصف الآخر

---

(١) قال النووي: هذا إذا اشتراه الناظر ولم يقفه. أما إذا وقفه. فإنه يصير وقفاً قطعاً وتجري عليه أحكام الوقف.

منقطعُ الآخر، فإنْ لم يصحَّ، وَقَعَ في تفريق الصَّفْقة.

وأنَّهُ لو قال: وقَفْتُ هذه البَقَرة علَىٰ رباط كذا ليُسْقِي منْ لبنها مَنْ ينزل فيه، أو يُنْفَقَ من نسلها علَيْه، جاز، وإنِ اقتصر علَىٰ قوله: وَقَفْتُها علَيْه، لم يجز، وإن كنا نعْلَمُ أنَّهُ يريدُه؛ لأنَّ العبرةَ باللَّفْظ؛ وأنَّه لو قال: وَقَفْتُ على مسجد كذا، لم يصحَّ ما لم يبيِّن جهته، فيقول: وقَفْتُ علَىٰ عمارته، أو يقول: وَقَفْتُ عليه، ليُسْتَغَلَّ ويُصْرَفَ إلَىٰ عمارته، أو إلى دُهْن السراج ونحوهما. وقضية إطلاقِ الجُمْهور جوازُه.

ومنها أنَّه لو وقفَ علَىٰ مسْجد، أو رباطٍ معيَّن، ولم يذْكُر المَصْرَف إن خرب، فهُوَ منقطعُ الآخِرِ.

وَفصَّلَ في «التتمة» وقال: إنْ كان فِي موْضِع يستبعد في العادة خرابة؛ بأن كان في وسَط البلدة، فهو صحيحٌ، وإنْ كانَ في قَرْيةٍ أو جارةٍ، فهو منقطعُ الآخِر، والله أعلم. وهذه مسائلُ وصُوَرٌ تدْخُلُ في الباب الثاني:

ولو وقَفَ علَى الطالبين وجوَّزناه، كفى الصَّرْف إلَىٰ ثلاثة، ويجُوز أنْ يكُونَ أحَدُهُمْ من أولادِ عَليٍّ - رضي الله عنه - [والثاني أولاد عَقِيلٍ، والثالث من أولاد جعْفَرٍ - رضي الله عنهم -][(١)] ولو وقَفَ عَلَىٰ أولادِ عَلِيٍّ، وأولادِ عَقِيلٍ، وأولاد جعفرٍ - رضي الله عنهم -، فلا بد من الصَّرْفِ إلَىٰ ثلاثةٍ من كلِّ صِنفٍ. وإذا وقَف شجَرةً، ففي دُخُولِ المغْرِسَ وجهان، وكذا حكْمُ الأساس مع البناء[(٢)].

وإذا وقف علَىٰ عمارة المسجد لم يجز صرف الغلَّةُ إلَىٰ النقْش والتزويق.

وذَكَرَ في «العِدَّةِ» أنَّهُ يجُوزُ توفيرُ أجْرة القيِّم منه، ولا يجوزُ صرْفُ شيْءٍ إلى الإمامِ والمُؤَذِّن، والفرْقُ أن القيِّم يحفظ العمارة، وأنَّهُ يشتري به البوارِي، ولا يشتري الدُّهْنَ في أصحِّ الوجهَيْن، وكان الفَرْق أن القيم حافظ للعمارة، ولباس المَسْجد منْفعة الدُّهْن تختصُّ بالمصلين، والذي ذكَرَه صَاحِبُ «التهذيبِ» وأكْثرُ من تعرَّضَ للمَسْألة [أنَّه] لا يُشترىٰ منه الدُّهْن، ولا الحصير، والتجصيصُ الذي فيه إحكامٌ معدودٌ من العمارات، ولو وقَفَ على مصلحة المَسْجد، لم يُجِزِ النقْشُ والتزويق، ويجوزُ شراء

---

(١) سقط من: ب.

(٢) سكت المصنف عن الترجيح وقياس ما رجحناه في البيع عدم الدخول. عن فتاوى القفال أن المغرس يدخل وهو أحد الوجهين. قال في التوسط: ويبعد أنه لو جفت الشجرة أن تبقى المغرس وفقاً له من غير تعرض له. انتهى. وقياس ما تقدم في البيع أن الصورة إذا كانت الشجرة رطبة بخلاف اليابسة؛ لأنها لا تراد للدوام فتكون خارجة عن محل الخلاف.

وقول الشيخ وكذا حكم الأساس المراد بالأساس هنا الأرض الحاملة للبناء لا ما هو مدفون منه كما ذكره في التوسط.

الحصر والدُّهن، والقياس جوازُ الصَّرْف إلى الإمام، والمُؤذِّن أيضاً.

والموقُوفُ على الحشيش لا يُصْرَف إلى الحصير وبالعَكْس، والموقوفُ عَلَىٰ أحدهما لا يُصْرَفُ إلى اللُّبُودِ[١]. وبالعَكْسِ.

ولو وَقَفَ على المَسْجد مطلقاً وجوَّزناه، ففي «التهذيب» التسويةُ بيْنه، وبيْن أن يقِفَ علَىٰ عمارةِ المَسْجد، وفي «الجرجانيات» حكاية موجهين في جواز الصَّرْف إلى النقش والتزويق في هذه الصورة، ولو وقَفَ على النَّقْشِ والتَّزْوِيق، ففيه وجهان قَرِيبَان من الخِلاَفِ في جواز تحلية المُصْحَف[٢].

وإذا قَالَ المُتَوَلِّي: أنفقت كذا، فالظَّاهِرُ قَبُولُ قوله عند الاُحتمال.

ولا يجوز قسْمةُ العَقَار الموقوف لأربابِ الوقْف؛ لما فيه من تغيير شرْطِ الواقِف، ولِمَا فيه منْ إبطال حقِّ مَنْ بعدهم.

وعن أبي الحُسَيْن أنَّا إذا جَعَلْنَا القسْمَة إقراراً، جاز، فإذا انقرضَ البطْنُ الأوَّل، انتقضت، ويجوزُ لأرباب الوقْف المهايأة هكذا قاله القاضي ابْنُ كَجٍّ.

ولا يجوزُ تغْيير الوقْفِ عن هيئته، ولا تجعل الدارُ الموقوفةُ بستاناً ولا حَمَّاماً وبالعكْس إلاَّ إذا جعل الواقِف إلى المتولِّي ما يرى فيه مصلحة الوَقْف.

وفي «فتاوى القفال» أنَّهُ يجوز أن يُجْعَلَ حانوتُ القصَّارِين للخَبَّازِين، وكأنَّه احتمل تغْيير النَّوْع دون تغيير الجِنْس[٣].

ولو هَدَم الدَّارَ والبُسْتانَ مُتَعَدٍّ، أخذ منه الضَّمَان، وبنى به أو غَرَس؛ ليكون وَقْفاً

---

(١) مفرده اللبد على وزن الجلد وهي ما يُلْبَسُ منه للمطر ينظر: مختار الصحاح ص٥٨٩.

(٢) قال النووي: الأصح: لا يصح الوقف على النقش والتزويق لأنه منهى عنه.

(٣) قال في الخادم: للضابط في المنع تبدل الاسم قال القاضي والمتولي وكذا لا يجعل الأرض داراً ولا بستاناً، فإن فعل وجب رده إلى ما كان. قال القاضي: ولا خلاف فيه، وعدى ذلك إلى ما لو ضرب وعمى ومنه يعلم أن الأرض المحتكرة إذا خرب بناؤها لا يجوز أن يبنى عليها إلا نظير ما كان. قال العلامة ابن الرفعة: وكان شيخنا الشريف عماد الدين العباسي يقول: إذا اقتضت المصلحة أن يغير بعض بناء الوقف في صورته لزيادة وقفه، جاز ذلك، وإن لم ينص عليه الواقف بلفظ؛ لأن دلالة الحال شاهدة بأن ذلك لو ذكره الواقف حال الوقف لأثبته في كتاب وقفه.
وقال الشيخ أبو الحسن السبكي: الذي أراه الجواز بثلاثة شروط:
أحدها: أن يكون يسيراً لا يغير مسمى الوقف.
الثاني: ألا يزيل شيئاً من عينه، بل ينقل بعضه من جانب إلى جانب وإن اقتضى زوال شيء من العين لم يجز؛ لأن الأصل الذي نص الواقف على تسميته تجب المحافظة عليه.
الثالث: أن تكون مصلحة الموقف.

مكَانَ الأوَّلِ، ولو انهدمَ البِنَاء، وانقلعت الأشجارُ تستغل الأرض بالإجارة ممَّن يزرعها، أو يضرب فيها خيامه، ويبني ويغرس من غلَّتها، ويجوزُ أن يقرض الإمام المتولِّي من بيت المال، أو يأذن له في الاستقراضِ، أو الإنفاقِ علَى العَمَارَةِ مِنْ مالِ نفسِه بشرط الرجوعِ، وليس له الاستقراضُ دُون إذْنِ الإمَامِ.

ولو تَلِفَ الموقوفُ في يد المَوْقُوف علَيْه من غيْرِ تَعَدٍّ، فلا ضمانَ عَلَيْه[1].

وإنِ انْكَسَرَ الطُّنجيرُ[2] أو المرجل الموقوفان، ووجد متبرع بالإصْلاَحِ، فذاك، وإلاَّ، اتخذ منها أصغر، واتفق الفضل علَىٰ إصْلاَحه، فإنْ لم يُمْكِنِ اتخاذُ مِرْجَل وطنجير اتخذ منه ما يمكن من قَصْعَة ومِغْرَفَة وغيرهما، ولا حاجَةَ ههنا إلَىٰ تجديد وقْف؛ فإنه عين الموقوف، وإذا خرب العقَار المَوْقُوف علَىٰ المَسْجد، وهناك فاضل من غلته، برىء بعمارة الموقوف على العقار، هكذا ذكره ابْنُ كَجٍّ، وقال: إذا حَصَل مالٌ كثير من غلَّة وقْف المسجد، أُعدَّ منه بقدر ما لو خرب المسْجد أُعِيدَتْ به العمارة، والزائدُ يشتري به ما فيه للمَسْجِد زيادة غلة. وفي فتاوى القفَّال أنَّ الموقوفَ لعمارةِ المَسْجد لا يُشْتَرَىٰ به شيْءٌ أصلاً؛ لأنَّ الواقف وقَف على العمارة. والوقْفُ على الفقراء، هَلْ يختص الفقراءُ بلدَةُ الواقف؟ فيه الخلافُ المذكورُ فيما إذا أوصَىٰ للفقراء، وهلْ يجوزُ الدفْع منه إلَىٰ فقيرةٍ لها زوجٌ يَمُونَهَا؟ فيه خلافٌ نشرَحُه عنْد ذكر الخلافِ في دَفْع الزكاة إلَيْها في قسْم الصدقات إنْ شاء الله تعالىٰ[3].

وسُئِلَ الشَّيْخُ أبو عبدِ اللَّهِ الحنَّاطِيُّ عن شجرة تنبت في المقْبرةَ، هَلْ للناس الأكلُ من ثمارها؟ فقال: قد قيلَ يجوزُ، والأوْلَىٰ عندي صَرْفُهَا في مصالح المقبرة[4].

وعَنْ رَجُلٍ غَرَسَ شجرةً في المَسْجِد، كيْف نصنَعُ بثمارها؟ قال: إنْ جَعَلَها للمسْجِد، لم يجزأ كُلُها من غيرِ عَوَضٍ، ويجبُ صرْفُ عوَضِها إلى مصالِح المَسْجد، ولا ينبغِي أنْ يغرسَ في المَسَاجد الأشْجار؛ لأنَّها تمنع من الصلاة[5].

---

(١) قال النووي: ومن ذلك الكيزان المسبَّلة على أحواض الماء والأنهر ونحوها، فلا ضمان على من تلف في يده شيء منها بلا تعد. فإن تعدى، ضمن، ومن التعدي، استعماله في غير ما وقف له.

(٢) الطنجير: الطنجرة وهو رقدرٌ أو صحن نحاس أو نحوه ينظر المعجم الوسيط ٢/٥٥٨.

(٣) قال النووي: سبق هناك، أن الأصح أنه لا يدفع إليها ولا إلى الابن المكفي بنفقة أبيه، قال صاحب «المعاياة»: ولو كان له صنعة يكتسب بها كفايته ولا مال له، استحق الوقف باسم الفقر قطعاً. وفي هذا الذي قاله احتمال.

(٤) قال النووي: المختار الجواز.

(٥) قال النووي: وإن غرسها مسبَّلة للأكل، جاز أكلها بلا عوض وكذا إن جهلت نيته حيث جرت العادة به، وسبق في كتاب الصلاة أنها تقلع.

فروع:

عن الشيخ أبي عاصم العبَّاديِّ: إذا وقَف علَىٰ قنطرةٍ، فٱنخرق الوادِي، وتعطَّلت تلْكَ القنطرةُ، وٱحْتِيجَ إلى قَنْطرةٍ أُخرَىٰ، جاز النقل إلى ذلك الموضِع، بخلافِ المَسْجد الذي باد أهْلُهُ حيْثُ تبقىٰ عمارتُهُ، ويعمر بعدما خَرِبَ، إن أمكن أن يصلي فيه المارَّة.

وإذا وقَف علَىٰ عمارةِ المَسْجد، جاز أن يشتري منه سُلَّم لصعود السَّطْح، ومكانِسُ يُكْنس بها التراب ومساهي ينقل بها التراب؛ لأنَّ كلَّ ذلك يَحْفَظُ العمارة، ولو كان يصيبُ بابَهُ المطرُ، ويُفْسِدُه، جاز بناءُ مظلَّة منه، وينبغي ألاّ تضرَّ بالمارة، وإذا وقَف علَىٰ دُهْن السراج للمسْجد. جاز وضْعُه في جميع اللَّيْل؛ لأنَّه أنشط للمصلِّين[١].

وذكر الأئمة أنَّ البقْعَةَ التي جعَلَها مسْجداً، إذا كان فيها شجرةٌ، جاز للإمام قلْعها بٱجتهاده؛ ليتسع للمصلِّين، وبماذا ينقطع حقُّ الواقف عن الشجرة؟

قال صاحبُ الكتاب في «الفتاوى»: مجرَّدُ ذكر الأرْض لا يخرج الشَّجَرة عنْ ملكه لبَيْع الأرض، وحينئذ لا يكلَّف تفريغ الأرض، ولك أن تقول: في ٱستتباع الأرْض الشجر في البَيْع قولان. وإذا قال: جَعَلْتُ هذه الأرضَ مسْجداً فلا تدخل الشجرة بحالٍ؛ لأنَّها لا يُجْعَلُ مسْجداً، ولوْ جعَل الأرضَ مَسْجداً، ووقف الشَّجَرةَ عليها. فعلَىٰ هذه الصورةِ وَنَحْوِها يُنَزَّلُ كلامُ الأصحاب.

وأفتَىٰ صاحبُ الكتابِ بأنَّه يجوز وقْفُ السُّتُور ليستر بها جدران المَسْجد، وينبغي أنْ يجيْء فيه الخلافُ المذكورُ في النَّقْش والتَّزْويق. وأفتَىٰ بأنَّه إذا وقف على المَسْجدُ مُطْلقاً، جاز صرْفُ الغلَّة إلى الإمام والمؤذِّنِ، وبناء منارة المسجد، ويُشْبِه أن يجُوزَ بناءُ المنارة منَ المَوْقُوف علَىٰ عمارةِ المَسْجد أيضاً، والله أعلم.

---

(١) قال النووي: إنما يسرج جميع الليل إذا انتفع به من في المسجد كمصل ونائم وغيرهما. فإن كان المسجد مغلقاً ليس فيه أحد ولا يمكن دخوله، لم يسرج لأنه إضاعة مال.

كِتَابُ الْهِبَةِ، وَفِيهِ فَصْلاَنِ

قَالَ الغَزَالِيُّ: الأَوَّلُ فِي أَرْكَانِهَا وَهِيَ ثَلاَثَةٌ: الأَوَّلُ: الصِّيغَةُ وَلاَ بُدَّ مِنَ الإِيجَابِ وَالقَبُولِ إِلاَّ فِي هَدَايَا الأَطْعِمَةِ، وَقَدْ قِيلَ: إِنَّهُ يُكْتَفَىٰ بِالمُعَاطَاةِ إِذْ كَانَ ذَٰلِكَ مُعْتَاداً فِي عَصْرِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَلاَ يَصِحُّ تَعْلِيقُهُ وَتَأْقِيتُهُ وَتَأْخِيرُ القَبُولِ فِيهِ عَنِ الإِيجَابِ كَالبَيْعِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا عرفْتَ في أوّل الوقْف أقسامَ العطايا، وأنَّ مِنْ أقسامِهَا التمليكاتِ المنجزةَ في الحياةِ، فاْعْرِف الآن أنَّ هذا القسْمَ علَىٰ ثلاثةِ أنواع، وهي: الهبةُ والهديةُ، والصَّدَقَةُ. وسبيلُ ضَبْطِها أنَّه التمليكُ لا بِعَوَضٍ هبة[1] فإن انضم إليه حمل الموهوب منْ مكانٍ إلَىٰ مكانِ المَوْهُوب منه؛ إعْظاماً له أوْ إكْرَاماً، فهو هديَّةٌ، وإنِ اَنْضَمَّ إلَيْه كونُ التمليكِ منَ المحتاج تقرُّباً إلَى اللَّهِ ـ تعالى ـ وطلباً لثواب الآخرة، فهو صدقةٌ، فامتياز الهدية عن الهبة بالنَّقْل والحَمْل من موضعٍ إلى موضعٍ.

ومنْه إهْداءُ القَرابِينِ إلى الحَرَمِ، وكذلك لا يَدْخُلُ لفظ الهديةِ في العَقَار بحال[2]، فلا يقال: أَهْدَىٰ إليه أرْضاً ولا دَاراً، وإنَّما يُطْلَق ذلك في النقولات كالثياب، والعَبِيد،

---

(١) الهبة لغة: العطية الخالية عن الأعواض والأغراض فإذا أكثرت سمي صاحبها وهاباً.
انظر: لسان العرب ٦/ ٤٩٢٩.
اصطلاحاً:
عرفها الأحناف بأنها: تمليك بلا عوض.
وعرفها الشافعية بأنها: التمليك بلا عوض.
وعرفها المالكية بأنها: تمليك متمول بغير عوض.
وعرفها الحنابلة بأنها: تمليك جائز التصرف مالاً معلوماً أو مجهولاً تعذر علمه.
انظر: فتح القدير ٩/ ١٩، حاشية ابن عابدين ٤/ ٥٠٨، الإقناع ٢/ ٨٥، مغني المحتاج ٢/ ٣٩٦ والمحلي على المنهاج ٣/ ١١٠، مواهب الجليل ٦/ ٤٩، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٥١٧ والمغني ٦/ ٢٤٦.

(٢) قال في التوسط: وهذا هو الصواب، وهو أصح من قول من أطلق الوجوب، وفي كلام الدارمي ما يقتضي عدم الوجوب أيضاً.

فيُخرَّج من هذا أنَّ افتراق هذه الأنْواع بالعُمُوم، والخُصُوص، فكلُّ هديَّةٍ وصدقةٍ هبةٌ ولا تنعكس، ولهذا لو حَلَف ألاَّ يهب فتصدَّق حنث، وبالعَكْس لا يحنثُ.

واختلَفُوا في أنَّهُ، هل يعتبر في حدُّ الهدية أن يكونَ بيْن المُهْدِي والمُهْدَىٰ إلَيْه رسولٌ ومتوسِّط؟

فحكَىٰ أبو عبد الله الزُّبَيْري ـ رضي الله عنه ـ وجهَيْنِ فيما إذا حَلَف ألاَّ يهدي إلَيْه، فوهَبَ منه خاتماً أو نحوه يداً بيَدٍ هل يحنثُ؟

والأشبه أنَّه لا يُعْتَبر، وينتظم أن يقول لمن حَضَرَ عنده: هذه هديَّتِي أهْدَيْتُها لك، وقدْ ورَدَ ذلك في الأخْبَار، وفي الكتاب والسُّنَّةَ ذكر الأنواع الثلاثة، والنَّدْب إليها[1].

قال اللَّهُ تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾ [النساء ـ ٨٦] قِيْلَ: المرادُ منه الهِبَةُ.

قال اللَّهُ تعالى: ﴿وَآتَى الْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ﴾ [البقرة ـ ١٧٧] الآية.

وقال عَزَّ مَنْ قائل: ﴿إِنَّ الْمُصَّدِّقِينَ وَالْمُصَّدِّقَاتِ﴾ [الحديد ـ ١٨] وعن عائشةَ ـ رضي الله عنها ـ أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «تَهَادَوْا فَإِنَّ الهَدِيَّةَ تُذْهِبُ الضَّغَائِنَ»[2].

وَرُوِيَ أنَّه ﷺ قال: «تَهَادَوْا تَحَابُّوا»[3].

---

(١) قال النووي: قال أصحابنا: وفعلها مع الأقارب ومع الجيران أفضل من غيرهم.

(٢) قال الحافظ في التلخيص: هو من أحاديث الشهاب ومداره على محمد بن عبد النور عن أبي يوسف الأعشى عن هشام عن أبيه عنها، والراوي له عن محمد: هو أحمد بن الحسن المقري دبيس، قال الدارقطني: ليس بثقة، وقال ابن طاهر: لا أصل له عن هشام، ورواه ابن حبان في الضعفاء من طريق بكر بن بكار عن عائذ بن شريح عن أنس بلفظ: «تهادوا فإن الهدية قلت أو كثرت تذهب السخيمة» وضعفه بعائذ، قال ابن طاهر: تفرد به عائذ، وقد رواه عنه جماعة، قال: ورواه كوثر ابن حكيم عن مكحول عن النبي ﷺ مرسلاً، وكوثر متروك، وروى الترمذي من حديث أبي هريرة بلفظ: تهادوا فإن الهدية تذهب وحر الصدر» وفي إسناده أبو معشر المدني وتفرد به وهو ضعيف، ورواه ابن طاهر في أحاديث الشهاب من طريق عصمة بن مالك بلفظ: «الهدية تذهب بالسمع والبصر» ورواه ابن حبان في الضعفاء من حديث ابن عمر بلفظ: «تهادوا فإن الهدية تذهب الغل» ورد بمحمد بن أبي الزعيزعة وقال: لا يجوز الاحتجاج به، وقال فيه البخاري: منكر الحديث، وروى أبو موسى المديني في الذيل في ترجمة زعبل يرفعه: «تزاوروا تهادوا فإن الزيارة تنبت الود، والهدية تذهب السخيمة» وهو مرسل، وليست لزعبل صحبة.

(٣) رواه البخاري في الأدب المفرد. والبيهقي، وأورده ابن طاهر في مسند الشهاب من طريق محمد بن بكير عن ضمام بن إسماعيل عن موسى ابن وردان عن أبي هريرة وإسناده حسن، وقد اختلف فيه على ضمام، فقيل عنه عن أبي قبيل عن عبد الله بن عمر، وأورده ابن طاهر ورواه في مسند الشهاب من حديث عائشة بلفظ: «تهادوا تزدادوا حباً» وإسناده غريب فيه محمد بن سليمان، قال=

وقال ﷺ: «لَوْ دُعِيتُ إِلَىٰ كُرَاعٍ لأَجَبْتُ، وَلَوْ أُهْدِيَ إِلَيَّ ذِرَاعٌ لَقَبِلْتُ»(١).

ولا ينبَغِي أن يستَحْقر القليل، فيَمتنعَ من أنْ يُهْدِيَ، ولا أن يَسْتَنْكِفَ المُهْدَىٰ إليْه عن قَبُول القليل. وقد رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ قال: «لاَ تُحَقِّرَنَّ جَارَةٌ لِجَارَتِهَا وَلَوْ فِرْسِنَ شَاةٍ(٢)»(٣). إذا تقرَّر ذلك، فاْعلَمْ أنَّ الأنْواعَ الثَّلاثةَ تفترق في أحكام وتشتركُ في أحكام، وهي الأكثرُ، ونحْنُ نثبتها، إن شاء الله تعالى، جارِيَن علَىٰ نَظْم الكتاب، وهو يشتملُ علَىٰ فصْلٍ في أركان الهبة، وفصْلٍ في أحكامها. أمَّا الأركان، فالمذكور منها ثلاثةٌ:

أحدُهَا: الصيغةُ. وأما الهبة فلا بدَّ فيها من الإيجاب والقَبُول باللَّفْظ، كالبيعِ وسَائِر التَّمْليكات(٤). وأمَّا الهديَّة، فذهب ذاهِبُون إلَىٰ أنَّهُ لا حاجَةَ فيها إلى الإيجابِ والقَبُول اللَّفْظِيَّيْنِ، بلِ البَعْثُ من جهة المهدي كالإيجاب والقبض من جهة المهدي إليه كالقَبُول.

وٱحْتَجُّوا بأنَّ الهَدايَا كانتْ تُحْمَلُ إلَىٰ رسول الله ﷺ فَيَقْبَلُهَا(٥)، ولا لفْظَ هناكِ،

= ابن طاهر: ولا أعرفه، وأورده أيضاً من وجه آخر عن أم حكيم بنت وداع الخزاعية، قال ابن طاهر: إسناده أيضاً غريب وليس بحجة، وروى مالك في الموطإ عن عطاء الخراساني رفعه: تصافحوا يذهب الغل، وتهادوا تحابوا وتذهب الشحناء» ذكره في أواخر المكاتب، وفي الأوسط للطبراني من طريق عائشة رفعه: «تهادوا تحابوا، وهاجروا تورثوا أولادكم مجداً، وأقيلوا الكرام عثراتهم» قاله الحافظ في التلخيص: وفي إسناده نظر.

(١) أخرجه البخاري من حديث أبي هريرة في النكاح، وأورده في الهدية من حديثه بلفظ: «لو دعيت إلى ذراع أو كراع لأجبت» ورواه الترمذي من حديث أنس بلفظ «لو أهدى إلى كراع لقبلت، ولو دعيت عليه لأجبت» وصححه.

(٢) قال الحافظ في التلخيص: فرسن الشاة ظلفها، وهو في الأصل خف البعير، فاستعير للشاة ونونه زائدة.

(٣) متفق عليه من حديث أبي هريرة.

(٤) كلام الشيخ في الناطق، أما الأخرس فلا خفاء في صحة هبته بإشارته المفهمة من الناطق ولمثله وانعقاد الهبة بالمكاتبة أولى بالصحة من البيع، والصحيح المنصوص في البيع الصحة. قال الإمام: ولا شك أن من يجوز البيع بالمعاطاة يجوزه في الهبة، ومحل اعتبار الصيغة في غير الهبة الضمنية كأعتق عبدك عني فأعتقه، فإنه يدخل في ملكه ويعتق عليه.
واستثنى بعضهم أيضاً المرأة إذا وهبت ليلتها من ضرتها، فلا يشترط قبولها على الصحيح.

(٥) رواه الترمذي (١٥٧٦) وأحمد. والبزار من حديث علي: أن كسرى أهدى إلى النبي ﷺ هدية فقبل منه، وأن الملوك أهدوا إليه فقبل منهم، وفي النسائي عن عبد الرحمن بن علقمة الثقفي قال: لما قدم وفد ثقيف قدموا معهم بهدية، فقال النبي ﷺ: «أهدية أم صدقة؟ فإن كانت هدية فإنما ينبغي بها وجه رسول الله ﷺ وقضاء الحاجة، وإن كانت صدقة فإنما ينبغي بها وجه الله» قالوا: لا بل هدية، فقبلها منهم ـ الحديث ـ قال الحافظ في التلخيص والبخاري عن عائشة: كان رسول الله ﷺ إذا أتى بطعام سأل أهدية أو صدقة؟ فإن قيل: صدقة، قال لأصحابه: كلوا، وإن قيل: هدية ضرب بيده فأكل معهم، قال الحافظ في التلخيص: والأحاديث في ذلك شهيرة.

وعلَىٰ ذلك جرى النَّاسُ فِي الأعْصَار، ولذلك كانُوا يبعثون بها علَىٰ أيْدي الصِّبْيَانِ الذين لا عِبَارَةَ لهم. ومنْهم مَنِ اعتبرهما كما في الهبة والوصيَّة، واعتذَرُوا عما جرَىٰ بأنَّ ذَٰلِكَ كان إباحةً لا تمليكاً؛ وأجابَ صَاحِبُ «الشامِل» بأنَّه لو كَانَ كَذٰلِكَ، لما تصَرَّفوا فيه تصرُّف الملاك، ومعْلُومٌ أنَّ ما قَبِلَهُ النبيُّ ﷺ كان يتصرَّف فيه، ويُمَلِّكُهُ غيره. والوَجْهُ الثَّاني، وهو ظاهرُ كلامِ الشيخ أبِي حامد، والمتَلَقِّين عنه، لكنَّ الَّذِي عليه قرارُ المذْهَب بحسب فعل الأوَّلين، وَنَقْلُ الإثبات من متأخِّري الأصحاب إنَّما هو الوجه الأول، وهو الَّذي أورده صَاحِبُ «التهذيبِ» و«التتمة»، واعتمده القاضي الرُّويانيُّ وغَيْرهُمْ.

ويمكن أنْ يُحْمَلَ كَلاَمُ من اعتبر الإيجابَ والقَبُولَ على الأمر المُشْعِرِ بالرِّضَا دُونَ اللَّفْظِ، ويقال: الأمْرُ المشْعِرِ بالرِّضا قد يكونُ لَفْظاً، وقد يكون فعلاً، والصَّدقة كالهديَّة بلا فَرْق. وقوله: «إلاَّ في هداية الأطعمة» ـ إنَّما خَصَّ الأطعمةَ بالذِّكْر؛ اتباعاً للإمام، فإنَّه لما حكَىٰ عن بعْض الأصْحَاب الاكْتفاءَ بالفِعْل في الهَدَايا؛ أخذاً بما جَرَىٰ عليه الأولُون اعترض عليهم بأنَّ عادَتَهُمْ إنَّما اطَّردت بذلك في الأطعمة دون غيرها من الأموال. لكنَّ الصحيحَ أنَّه لا فَرْقَ وأنَّهُمْ كانوا يتهادَوْنَ الأطعمة وغيرَها، واشتهر وقوع الكسوة والدَّوابِّ في هدايا المُلُوك إلَىٰ رسول الله ﷺ وأنَّ مارية ـ رضي الله عنها ـ أمّ ولَده كانتْ مِنَ الهَدَايَا[1].

وقوله: «فقد قيل: إنَّه يكتفي بالمُعَاطاة»، لفظ المعاطاة بالحقيقة إنَّما يستمرُّ في البيع، وحيثُ يُوْجَد مِن الطرفَيْن إعطاءٌ، وأمَّا ههنا، فهو محمول على الإعْطاء من طَرَفٍ، والأخذ منْ طَرَفٍ، وحيثُ اعتبرنا الإيجابَ والقَبُول، لم يجزِ التعليقُ بِشَرْطٍ ولا التأقيتُ كما في البيع.

---

(١) قال الحافظ في التلخيص رواه أحمد والنسائي، والترمذي أتم من سياقه، ولأبي داود. أن ملك الروم أهدى إلى النبي ﷺ مشيقة سندس فلبسها ـ الحديث ـ وفيه قصة، وفيه عن أنس أن ملك ذي يزن أهدى إلى رسول الله ﷺ حلة أخذها بثلاثة وثلاثين بعيراً فقبلها، وفيهما عن علي: أن أكيدر دومة أهدى إلى النبي ﷺ ثوب حرير فأعطاه علياً، فقال «شققه خمراً بين الفواطم» وأما الدواب: فروى البخاري عن أبي حميد الساعدي قال: غزونا مع النبي ﷺ تبوك، وأهدى ابن العلماء للنبي ﷺ برداً وكتب له ببحرهم، وجاء رسول صاحب أيلة إلى رسول الله ﷺ بكتاب وأهدى إليه بغلة بيضاء ـ الحديث ـ وفي كتاب الهدايا لإبراهيم الحربي: أهدى يوحنا بن رؤبة إلى رسول الله ﷺ بغلته البيضاء، وفي مسلم: أهدى فروة الجذامي إلى رسول الله ﷺ بغلة بيضاء ركبها يوم حنين، وروى الحربي أيضاً. وأبو بكر بن خزيمة. وابن أبي عاصم، من حديث بريدة أن أمير القبط أهدى إلى رسول الله ﷺ جاريتين وبغلة، فكان يركب البغلة بالمدينة، وأخذ إحدى الجاريتين لنفسه، فولدت له إبراهيم ووهب الأخرى لحسان، وأما مارية فهي المشار إليها في هذا الحديث.

وفيهما وجّه نذكره في الفَصْل الواقعِ عَقِيبَ هذا الفصل.

والمذهبُ الأوَّلُ، ولذلك لا يجوز تأخيرُ القَبُول عن الإيجاب، بل يعتبر التواصل المعتاد، كما في البيع، وعن ابن سريج أنه يجوِّز تأخير القبول عن الإيجاب كما في الوصية، وهذا الخلاف حكاه كثيرٌ من الأصحاب في الهِبة، وصَاحِبُ «التتمة» خصَّصه بالهدية، ومَنَ التأخيرَ في الهِبَة جَزْماً.

والقياسُ التَّسويةُ بينهما، ثُمَّ في الهدايا التي يبعث بها من موْضِعٍ إلَىٰ موضع إذا اعتبرنا اللَّفظ والقبول على الفَوْر، فإمَّا أنْ يُوكَّل الرَّسُولُ ليوجب ويقبلَ المبَعُوثُ إلَيْه، وإمَّا أن يوجب المهدي، ويقبل المهدي إلَيْه عنْد الوُصُول إليه.

وإذا كانت الهبةُ ممَّن ليس له أهليَّةُ القبول؛ كالطفل، فيُنْظَر؛ إنْ كان الواهبُ أجنبياً قَبِلَ له مَنْ يلي أمره مِنْ وَلِيٍّ وَوَصِيٍّ وقيِّم، وإن كان الواهبُ مَنْ يلي أمره، فإنْ كان غيرَ الأبِ والجدِّ قَبِلَ له الحاكِمُ، أو مَنْ ينيبه.

وإن كان أباً أو جَدّاً، تولَّى الطرفين، وهلْ يحتاج إلَىٰ لفظَي الإيجابِ والقَبُول، أمْ يكتفي بأحدهما؟ فيه وجهان كما سبق في البَيْع.

قال الإمَامُ: وموْضِعُ الوجهين في سبق القبول أما إذا أتَىٰ بلفظ مستقل؛ بأنْ يقُولَ: اشتريتُ لِطِفْلِي أو اتَّهَبْتُ كذا، أمَّا قَوْلُهُ: قَبِلْتُ البَيْع أو الهبة، فلا يمكن الاقتصار عليه بحال. ولا اعتبار بقبول المتعهّد الذي لا ولايةَ له على الطِّفل؛ خلافاً لأبي حنيفة ـ رضي الله عنه. وإذا وهَب منْ عبْدِ إنسان، فالمعتبرُ قَبُولُ العبد، وفي افتقارِه إلَىٰ إذْن السَّيِّد خلافٌ تقدَّم[1].

ولو وهَبَ منه شيئاً، فقبل في نصْفه أو عبْدين، فَقَبِل في أحدهما، ففيه وجهان.

والفَرْقُ بينه وبَيْن البيع أنَّ البَيْعَ عقد معاوضته[2]، وقد يتَضرَّر البائعُ بالتبْعِيض لانتقاص قيمة الباقِي، والهبة بخلافه.

---

(١) أي في باب معاملات العبيد، والأصح لا.
قال في الخادم: وعلى هذا فهل تجوز بما يلحق فيه ضرر كالعبد والدابة الزمنين، فيه وجهان في تعليق القاضي الحسين في كتاب اللقيط وكلام الإمام مقتضى الجزم بالمنع.

(٢) لم يفصح بترجيح، لكن ذكره الفرق فيه إشعار بترجيح الصحة، والذي جزم به الإمام في كتاب الوصية «البطلان». جزم الماوردي في كتاب الطلاق بالصحة فيما إذا وهبه عبدين فقبل أحدهما.
قال في الخادم: وينبغي أن يكون الخلاف في الهبة غير ذات الثواب، فإن كان ثواب فينبغي القطع بالمنع؛ لأنها بيع، وأن يكون فيما يدخل التبعيض، فلو وهب له أمة وولدها الصغير فقبل أحدهما لم يجز قطعاً كما يمتنع التفريق بينهما في الهبة والبيع.

فُرُوعٌ: في زيادات للشيخ أبي عاصِم:

أحدهما: رجُلٌ في يده عبْدٌ، فقال لآخر (اين براست)[١] فهو هِبَةٌ يحتاج إلى القَبُول والقبض. ولو قال (توراست)[٢]، فهو إقرارٌ ويُشْبِه أنْ يكونَ جوابُهُ في الحالةِ الأُولَىٰ مبنياً علَىٰ أنَّ هذه العقود تنعقد بالكِنَايات.

الثانِي: غرس أشجاراً في أرْضٍ، وقال عند الغِراس: أغرسه لابني، لم يصر للابن ولو قال: جعلتُهُ لابني، وهو صغيرٌ، صار له؛ لأنَّ هبتَهُ منه لا تقتضي قَبُولاً، بخلافِ ما لو جَعَل لبالغ، وهذا إلَىٰ ملتفت إلَىٰ ما ذكرنا من الانعقاد بالكنايَاتِ، وإلَىٰ أنَّ هبة الابن الصغير، هلْ يُكْتَفَىٰ فيها بأحد الشقَّيْن؟

الثالث: لو خَتن ابْنَهُ، واتَّخذ دعوةً، فَحُمِلَتْ إلَيْه الهدايا، ولم يُسمِّ أصحابها الأب ولا الابن حَكَىٰ فيه وجهين:

أحَدُهُمَا: أنَّها للأب؛ لأنَّهُ الذي اتخذ الدعوة والخَرَاج بالضمان.

والثاني: لِلابن؛ لأنَّ الدعوةَ له اتُّخذت[٣].

وفي فتاوى صاحب الكتابِ أنَّ خادمِ الصوفيَّة الَّذي يتردّدُ في السُّوق، ويجمعُ لهُمْ شيئاً يملِكُه، ولا يلزَمُه الصَّرْف إليهم، إلاَّ أنَّ المُرُوءَة تَقْتَضِي الوَفَاءَ بما تصدَّى له، ولو لم يفِ، فلهم مَنْعُهُ من أنْ يَظْهَر الجَمْعُ لهم والإنفاقُ علَيْهم، وإنما ملكه لأنه ليس بولي، ولا وكيلِ عنهم، كيْفَ، ولَيْسُوا بمعينين بخلاف هدايا الخِتَان[٤].

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: أَعْمَرْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ فَإِذَا مُتُّ فَهِيَ لِوَرَثَتِكَ صَحَّ (م) فَإِنَّهُ هِبَةٌ، وَلَوِ اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ أَعْمَرْتُكَ لَمْ يَصِحَّ (ح م) عَلَى القَوْلِ القَدِيمِ؛ لِأَنَّهَا مُؤَقَّتَةٌ،

---

(١) كلمة فارسية معناها: هذا صحيح. (٢) كلمة فارسية معناها: أنت صادق.

(٣) قال النووي: قطع القاضي حسين في «الفتاوى» بأنه للابن، وأنه يجب على الأب أن يقبلها لولده، فإن لم يقبل، أثم. قال: وكذا وصيٌّ وقيّم، يقبل الهدية والوصية للصغير. قال: فإن لم يقبل الوصي الوصية والهدية، أثم وانعزل لتركه النظر. وفي فتاوى القاضي: أن الشيخ أبا إسحاق الشيرازي قال: تكون ملكاً للأب، لأن الناس يقصدون التقرب إليه، وهذا أقوى وأصح.

(٤) أما إذا عين الدافع له جهة كان الخادم وكيلاً عنه في صرف ما قبضه إليها. ولو قال الخادم: فلان وفلان ووصفهم يطلبون الهبة فدفع إليهم لم يملكه الخادم. ولو قال جماعة الصوفية يطلبون ويسألون لم يملكه هو ولا هم للجهل بهم وليس الدفع مخصوصاً به فيملكه. انتهى. لكن صرح في الوجيز ما يقتضي صحة الهدية من غير المعين.
قال النووي: ومن مسائل الفصل، أن قبول الهدايا التي يجيء بها الصبي المميز، جائز باتفاقهم، وقد سبق في كتاب البيع، وأنه يجوز قبول هدية الكافر، وأنه يحرم على العمال وأهل الولايات قبول هدية من رعاياهم.

وَعَلَىٰ الجَدِيدِ يَصِحُّ وَيَتَأَبَّدُ، فَإِنْ قَالَ: فَإِنْ مُتُّ عَادَ إِلَيَّ فَهُوَ بِالبُطْلاَنِ أَوْلَى، وَكَذَا الرُّقْبَى فَهِيَ بِالبُطْلاَنِ أَوْلَىٰ، وَهُوَ أَنْ يَقُولُ: أَرْقَبْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ وَجَعَلْتُهَا لَكَ رُقْبَى أَوْ وَهَبْتُكَ عَلَىٰ أَنَّكَ إِنْ مِتَّ قَبْلِي عَادَ إِلَيَّ أَوْ مُتُّ قَبْلَكَ اسْتَقَرَّ عَلَيْكَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: كانت العربُ في الجاهلية تَستَعمل لفظين وهما: العمرى والرقبى أمَّا العمرى: فمأخوذةٌ من العُمْرِ، وصورتها أن يقولَ: أعْمَرتُك هذه الدار مثلاً، أو جعلتها لك عمرك، أو حياتك أو ما عشت أو حييت، أو ما بقيت، وما يفيد هذا المَعْنَىٰ، ثم له أحوالٌ: أحداها: أنْ يقول مع ذلك: فإذا مِتَّ، فهي لورثتك أو لعقبك[1]، فيصحُّ، وهي الهبةُ بعَيْنها، لكنَّه طوَّل على نفسه، فإذا ماتَ، فالدَّار لورثته.

فإنْ لم يكونُوا، فلبيت المالِ، ولا يعودُ إلى المعمر بحال؛ لما رَوَى جَابرٌ ـ رضي اللَّهُ عنه ـ أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «أيما رجلٌ أعْمَرَ عُمْرَىٰ لَهُ وَلِعَقِبِهِ، فَإِنَّهَا لِلَّذِي أُعْطِيهَا لاَ تَرْجِعُ إِلَى الذِّي أَعْطَاهَا؛ لِأَنَّهُ أعْطَىٰ عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ المَوَارِيثُ»[2] وقال مالكٌ: هذا التصرف منصرف إلى المَنَافِعُ؛ لأنَّ تمليكَ الرَّقَبَةِ لا يتأقَّت، فإذا مات المعمر، ولا وَرَثَةَ له، رجَعَتْ، إلى المعمِر، وكذا، إنْ كَانَ له ورثةٌ فَانْقرضُوا، ولا يكُونُ لبَيْت المال.

الثانيةُ: إذا اقتصر علَىٰ قوله: جعلْتُها لك عُمْرَكَ، ولم يتعرَّض لما بعْده، ففيه قولان:

الجديدُ، وبه قال أبو حنيفةَ ـ رضي الله عنه ـ وأَحْمَدُ أنَّهُ يصحُّ وحكمه حكم الهبة؛ لما رُوِيَ أنَّهُ ﷺ قال: «العُمْرَىٰ مِيراثٌ لِأَهْلِهَا»[3].

وعن جابر أن النبي ﷺ قال: «لاَ تُعْمِرُوا وَلاَ تُرْقِبُوا فَمَنْ أَعْمَرَ شَيْئاً أَوْ أَرْقَبَهُ فَسَبِيلُهُ سَبِيلُ المِيرَاثِ»[4].

---

(١) اعترض في المهمات على تعبيره بالعقب مع جعله إرثاً بأن العقب قد لا يكون إرثاً كالبنت وابن البنت. وهذا عجيب فإن المراد بالعقب الوارث أعم من يكون عقباً أم لا بدليل قوله: «فإذا مات فالدار لورثته فإن لم يكونوا فلبيت المال» وعلى ذلك حمل العلماء العقب في الحديث، ولا خلاف عندهم أنه لا يختص بالعقب بل لورثته كلهم، والحاصل أن ظاهر النص هنا ليس بمراد وإنما عدلوا عنه لأصل الحديث ويدل على أن المراد من الحديث ذلك قوله ﷺ فإنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث.

(٢) رواه مسلم (١٦٢٥) وروى البخاري (٢٦٢٥) حديث جابر قضى رسول الله. الحديث.

(٣) أخرجه مسلم (١٦٢٥) من حديث جابر. قال الحافظ في التلخيص ولأبي هريرة مثله، ولأحمد والترمذي عن سمرة ولابن حبان من حديث زيد بن ثابت: «العمرى سبيلها سبيل الميراث، ورواه البخاري (٢٦٢٦) بلفظ (العمري جائزة).

(٤) تقدم.

قال الأئمةُ: هذا نَهْيُ إرْشَادٍ، معناه: لا تعمروا طمعاً في أن يعود إليكم، واعلموا أن سبيله المِيرَاثُ، ولأنَّ مِلْكَ كلِّ أَحَدٍ يتقدر بحياته، وليس في جعله له مدَّةَ حياتِهِ مانِعاً في آنتقاله إلَىٰ ورثته من بعده، بلْ هو شرطٌ لِلاَنتقالِ.

والقَديمُ: أنَّهُ ليْسَ كذلك؛ لما رُوِيَ عن جابِرٍ ـ رَضِيَ اللَّه عنه ـ أنَّه قال إنَّما العُمْرَىٰ الَّتي أجازَهَا رسول الله ﷺ أنْ يَقُولَ: هِيَ لَكَ وَلِعقبَتِكَ مِنْ بَعْدِكَ[١]. واختلفوا في كَيْفِيَّةِ القَوْل القديم، فالظَّاهر، وهو المذْكُور في الكتابِ أنَّ العَقْدَ باطلٌ مِنْ أصله؛ لأنَّهُ تمليك عَيْنٍ قدَّره بمدة، فأشْبَه ما إذا قال: وهَبْتُ منك أو أعْمَرْتُكَ سَنَةً.

وعَنْ أبي إسْحَاقَ أنَّ في القَدِيم تكونُ الدَّارُ للمعمَّرِ حياتَهُ فإذا مات عادت إلى المُعَمِّر أو ورثَته كما شرَطَ، واْحتجَّ له بقوله في الحَدِيثِ السَّابِقِ: «أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْمَرَ عُمْرَىٰ لَهُ، وَلِعَقِبِهِ مِنْ بَعْدِهِ»[٢] شرَطَ في قَطْعِ الرُّجُوعِ أنْ يُعْمِرَ له وَلِعَقِبِهِ مِنْ بعده.

وفي «التَّهْذيب» أنَّ أبا إسْحَاقَ قال في القديم: إنَّها تكُونُ عَارِيةً متَىٰ شَاء، اْستردَّها، فإذا مَاتَ، عادَتْ إلى المُعْمِرِ.

وهذا قريبٌ من مذهب مَالِكٍ وهو أنَّ منافع الدَّارِ لِلْمُعْمِرِ حَيَاتَهُ، فإذا مات، عادَتْ إلى المُعْمِّر، إلاَّ أنَّ العارية المؤقَّتة عنده لازمةٌ، فلَيْسَ له الرُّجُوعُ متَىٰ شاء، وإذا جمعت بين الرِّوَايَاتِ حَصَلَتْ في المسْأَلة أربعةُ أقْوَالٍ، فظاهرُ المَذْهَب منها الجديدُ، ويَلِيهِ فِي الظُّهُورِ مِنْ رواياتِ القَدِيمِ بالبُطْلاَن.

الثالثةُ: إذا قال: جَعَلْتُهَا لك عُمْرَكَ، فإذا مُتُّ، عادَتْ إلَيَّ، أو إلى ورثتي، إن مُتُّ، فإنْ حكمنا بالبُطْلاَن في صورة الإطْلاق، فههنا أولَىٰ. وإن قُلْنا بالصحة والعود إلى المعمر، فكذلك ههنا ولَيْسَ فيه إلاَّ التَّصْرِيحُ بمقتضى الإطْلاق.

وإن قُلْنا بالجديد، وهو الصِّحةُ والتأبيدُ فوجهان:

أحدُهما: البُطْلاَن؛ لأنَّه شرط ما يخالِفُ مقْتَضَى المِلْك فإن من مَلَكَ شيئاً، صار بَعْدَ مَوْتِهِ لورَثَتِهِ.

والثاني: يَصِحُّ ويلْغُو الشَّرْطُ، فإنَّه لم يشترط علَىٰ المُعْمِر شَيْئاً، ولا قَطَع ملْكه عليه، إنَّما شَرَطَ العَوْدَ عليه بعد الموت، وحينئذ قد صار المِلْكُ للورثة.

والوَجْهُ الأول أَسْبَقُ إلى الفهم، وقد رجَّحه القاضِي ابْنُ كجٍّ وصاحبُ «التتمة» لكنَّ للأكثرين أجابُوا بالثَّاني، وسوَّوْا بيْن هذه الحالَةِ وحالةِ الإطلاق، كأنَّهُمْ أَخَذُوا

---

(١) رواه مسلم في صحيحه دون قوله من بعدك.

(٢) تقدم.

بإطْلاَقِ الأخْبَار، وعدَلُوا به عن قياس سائِرِ الشُّروط الفاسِدَة، والحاصِلُ مما ذكرنا عنْد ٱلاَخْتِصَار طريقان:

أحدُهُما: طَرْدُ الخلافه.

والثاني: التقاء الجَدِيدِ، والظَّاهِرُ مِنْ روايات القَدِيم وٱتفاقهما على البُطْلاَن.

وأمَّا الرُّقْبَى: فهيَ أن يقولَ: وَهَبْتُ مِنْكَ هذه الدارَ عُمْرَكَ، على أنَّك إن مِتَّ قبلي، عادت إليَّ وإن مت قبْلَك، استقرَّتْ عليك، أو جعلت هذه الدَّارَ لك رقبى، أو أرقبتُها لَكَ، وهي مأخوذةٌ من الرقوب، كأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يَرتقب مَوْتَ صاحِبِهِ، والحُكْمُ فيها كالحكْم في الحالة الثالثة منْ العُمْرَىٰ؛ لأنَّ قَوْلَه: إن متَّ قبلك، ٱستقر علَيْكَ» لا أثر له في المَنع، فيبقى قوله: إنِ مِتّ قَبْلي، عاد إلَيَّ، فيحصل فيه طريقان:

أحَدُهُمَا: القَطْعُ بالبطلان.

وأظهرُهُمَا: طَرْدُ القولَيْن.

فعلَى الجَدِيد؛ يصحُّ، ويلغو الشَّرْط لقول ﷺ: «لاَ تُعْمِرُوا وَلاَ تُرْقِبُوا... الحديث»[1]، والقديمُ البطلانُ، أو الصِّحة والترقُّب.

وعند أبي حنيفةَ الرُّقْبَى لا يُمْلَكُ بها، وإنَّما هي عارية، وللمُرْقِبِ الرجُوع متى شاءَ. وقال أحمدُ: تصحُّ الرقبى كالعُمْرَىٰ، وفي صحَّة شرط الرجُوع إلى الواهب روايتان عنْه.

التفريع: إن صحَّحنا العُمْرَىٰ والرُّقْبَى، وألغَيْنا الشَّرْط، تَصَرَّفَ المُعَمَّر في المال كيْف شاء، وإنْ أبطَلْنا العَقْد أو جعلْنَاه عاريةً، فلا يخفى أنَّه ليس له التصرُّفُ بالبَيْع ونحوه. وإن قلْنا بصحَّة العقد والشرط، فلو باع المعمَّر[2]، ثم مات، ذَكَرَ الإمامُ فيه احتمَالَيْن:

أظْهَرُهُمَا عنده: أنَّا لا نُنَفِّذ البيع؛ لأنَّ مقتضَى البَيْع التأييدُ، وهُوَ لم يملكه إلاَّ مُؤَقَّتاً، فكيْفَ يملِّك غيره ما لَمْ يملكه؟

والثاني: تنفيذُهُ كبيع العبْد المعلَّق عتقُه قبْل وجود الصِّفَة، وهذا ما أجاب به القاضي ابنُ كجٍّ، وعلَّل بأنَّه مالكٌ في الحال، والرُّجُوع أمْرٌ يحدث بعْد المَوْت، وشَبَّهه برُجُوع نصْف الصَّداق إلى الزوج بالطَّلاق قبْل الدُّخول، برجوع الوالدِ فِي الهِبَةِ منَ

---

(١) رواه الشافعي (١٣٧٧) وأبو داود (٣٥٥٦)، والنسائي (٦/ ٢٧٣) والبغوي في شرح السنة (٢١٩٨). قال الحافظ في التلخيص: ـ وصححه أبو الفتح القشيري على شرطهما.

(٢) عبارة الروضة: الموهوب له.

الولد، وهُوَ بالأوَّل أشبه؛ لأنَّه لا يتعلَّق بفعْله واْختياره، وإذا قُلْنا بصحَّة بيعه، فيُشْبِه أنَّه يرجعُ المعمَّر في تركته بالغُرْم رجُوعَ الزَّوْج، إذا طلَّق بعد خروج الصَّداق عن ملْكها.

قال الإمامُ: وفي رُجُوع المال إلَىٰ ورثةَ المُعْمِّر، إذا مات قبل المعمَّر اْستبعادُ؛ لأنَّه إثباتُ مِلْكٍ لهم فيما لم يملكه المُوَرِّث، لكنَّه كما لو نصَب شبكةً، فَتَعْقَّل بها[1] صيد بعْد موته يكون المِلْكُ فيه للوَرَثَة.

والصحيحُ أنَّه تركةٌ تقضي منْها الديون، وينفُذ الوصايا.

ولو قال: جَعَلْتُ هذه الدَّارَ لَكَ عُمْرَىٰ أو حياتي فوجهان:

أحدهما: أنه كما لو قال: عُمْرَكَ أو حياتَكَ لشُمُول اْسم العُمْرَىٰ.

وأَظْهَرُهُمَا: المَنْعُ لخُرُوجه عن اللَّفْظ المَعْهُود في الباب، ولما فيه من تأقيت الملك لجواز موت المُعمر قبله؛ بخلافِ ما إذا قال: عُمْرَكَ أو حَيَاتَكَ؛ لأنَّ الإنْسانَ لا يَمْلِكُ إلاَّ مدَّةَ حياتِهِ، فلا تأْقيتَ فيه، وأُجْرَيَ الخلافُ فيما إذا قال: جَعَلْتُهَا لَكَ عُمْرَ فلانٍ. وخرج من تصحيح العقد وإلغاءِ الشرط في هذه الصورة وجْه: أنَّ الشَّرْطَ الفاسدَ لا يُفْسِدُ الهبة، وطرد ذلك في الوقْف أيضاً، ثم منهم مَنْ خَصَّصَ الخلافَ في هذه القاعِدَة بما هُوَ من قبيل الأوقات مثلَ أن يَقُول: وهَبْتُ مِنك سنة أو وَقَفْتُها سنةً ومنْهُمْ من طَرَدَه فِي كُلِّ شرط كقوله: وهبتك بشرَطْ ألا تبيعَهُ إذَا قبضته، وما أشْبَهَ ذلك.

وفَرَّقُوا بيْن البَيْع الهِبَةِ والوَقْفِ بأنَّ الشَّرْط في البَيْع يُورِثُ جهالةَ الثمن، ويلْزَم من جهالة الثمن فسادُ البَيْع، وهذا إذا قلْنا بالصحيح، وهو فسادُ البَيْع بالشروط الفاسدةِ عَلَىٰ أنَّا حكَينا في البَيْع قولاً أيضاً، وظاهر المذْهَبِ فسادُ الهبة، والوقْف بالشُّروط التي يفسد بها البيع؛ بخلاف العُمْرَىٰ؛ لما فيها من الأخبار[2].

ولو باعَ علَىٰ صورةِ العُمْرَىٰ، فقال: ملَّكْتُكَ بعَشْرةٍ عمرك.

---

(١) عبارة الروضة: فوقع بها.

(٢) منها حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: العمرى جائزة (البخاري ٥/ ٢٣٨ في كتاب الهبة ـ حديث (٢٦٢٦)). و(مسلم ٣/ ١٢٤٨ في الهبات ـ حديث (٣٢/ ١٦٢٦)).

ومنها: حديث جابر ـ رضي الله عنه ـ، قال: قال رسول الله ﷺ: أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه، فإنها للذي أعطيها لا ترجع إلى الذي أعطاها لأنه أعطى عطاءً وقعت فيه المواريث. (مسلم ٣/ ١٢٤٥ في الهبات (٢٠/ ١٦٢٥)).

ومنها: حديث جابر عن النبي ﷺ أنه قال: العمرى جائزة لأهلها والرقبى جائزة لأهلها. (أحمد في المسند ٣/ ٣٠٣) و(أبو داود ٣/ ٢٩٥ في البيوع ـ حديث (٣٥٥٨)) و(الترمذي ٣/ ٦٣٣ في الأحكام (١٣٥١). وقال حسن، و(النسائي ٦/ ٢٧٤ في كتاب العمرى) و(ابن ماجه ٢/ ٧٩٧ في الهبات ـ حديث (٢٣٨٣).

قال القاضي ابْنُ كَجّ: لا يَبْعُدُ عندي جوازُه؛ تفريعاً على الجديد.

وقال أبو عليٍّ الطَّبَرِيُّ: لا يجوز؛ لأنَّه تطرّق الجهالة إلى الثمن، ولا يجوز تعليق العُمْرَىٰ بأنْ يقولَ: إذا مات، أو قَدِمَ فلانٌ، أو جاءَ رَأْسُ الشهرِ، فقد أعْمَرْتُكَ هذه الدارَ، أو فهذه الدَّارُ لك عُمْرَىٰ[1]، نعم لو علّق بموته فقال: إذا مِتُّ، فهذه الدار لَكَ عُمْرَكَ، فهذه وصيَّةٌ يعتبر خروجُها من الثُّلُث.

ولو قال: إذا مِتُّ، فهي لك عُمْرَكَ، فإذا مِتَّ عادت إلى ورثتي، فهي وصية منه بالعُمْرَىٰ علَىٰ صورة الحالة الثالثة.

ولو جَعَلَ رجلانِ كلٌّ واحد منهما دَارَهُ للآخر عُمْرَهُ على أنَّهُ إن مات قَبْلَه عاد إلَىٰ صاحب الدَّار، فهذه رُقْبَىٰ من الجانبَيْنِ. ولو قال: دارِي لَكَ عُمْرَكَ، فإذا مِتُّ، فهي لزَيْد، أو عبْدِي لك عُمْرَكَ، فإذا مِتُّ، فهو حُرٌّ، صحَّ العُمْرَىٰ؛ على قولنا الجديد ولغا المذكُورُ بعدها، والله أَعْلَمُ. وقولُه في الكتاب: «صحَّ؛ فإنَّه هبةٌ» يجوز إعلامه بالميم؛ لأنه يجعله عاريةً كما تقدَّم.

وقولُه «لم يصحَّ على القول القديم؛ لأنَّها مؤقتةٌ، وعلى الجديد يصحُّ ويتأبَّد» هكذا الصواب وفي أكثر النسخ سيَّما القديمةُ منها عكْسُ ذلك. ويجوز أن يُعْلَم قوله: «لم يصحَّ» بالحاء والميم والألف، وبالواو أيضاً لما حكَيْنا عن الشيخ أبي إسْحَاقَ أنَّ القديم كوْنُ المال للمُعَمَّر، ورجُوعه بعد موته إلى المُعَمِّر.

وقوله: «فإن مِتّ عاد إليَّ، فهو بالبطلان أولَىٰ الغرض منه [أنَّ] البطلان ههنا أظْهَرُ منه في صورة الإطْلاق علَىٰ ما هو دأْبُ الترتيب لا تَرْجِيحُ البطلان على الصحَّة المقابلة له، بلِ الأظهرُ عند الأكثرين الصِّحَّة على ما بيَّنَّا، وكذلك في الرُّقْبَىٰ واللَّهُ عزَّ وجلّ أعْلَمُ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: الثَّانِي: المَوْهُوبُ وَمَا جَازَ بَيْعُهُ جَازَ هِبَتُهُ فَلاَ يَمْتَنِعُ بِالشُّيُوعِ وَإِنْ قَبِلَ القِسْمَةَ (ح)، وَلاَ يَصِحُّ (م) هِبَةُ المَجْهُولِ وَالآبِقِ، وَفِي هِبَةِ الكَلْبِ خِلاَفٌ (و)، وَهِبَةُ المَرْهُونِ هَلْ تُفِيدُ المِلْكَ عِنْدَ اتِّفَاقِ فِكَاكِهِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ (و)، وَهِبَةُ الدَّيْنِ لاَ تَصِحُّ (و) كَمَا لاَ يَصِحُّ رَهْنُهُ إِذِ القَبْضُ فِيهِ غَيْرُ مُمْكِنٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الرُّكْنُ الثاني: المَوهُوبُ، وهو معتَبَرٌ بالبيع، فإنَّ الهبةَ تمليكٌ بأجرة؛ كالبيع فما جازَ بَيْعُ، جازَ هبَتُه، وما لا يجُوزُ بيْعُه مِنْ مجهولٍ أو معجُوزٍ عن تسليمه، لا يجوز هِبَتُه، هذا هو الغَالِبُ، وربَّما اختلَفَا في الأقَلِّ.

---

(١) عبارة الروضة: أو فهي لك عمرك.

وفي التفصيل صُوَرٌ: منها: الشائعُ يجوزُ هبته، كما يجوز بيْعُه، ولا فَرْق بين المنقسم وغيره، ولا بيْن أنْ يَهَبَ من الشَّريك أو غيره، وبه قال مالكٌ وأحمدُ، وعند أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ لا تَصحُّ هبةُ المنْقَسِم من غَيْر الشَّرِيك، وبالَغَ؛ فقال: لو وَهَبَ الشَّيْءَ المنقسم منَ ٱثْنَيْنِ، لـم يصحَّ أيضاً، وتجوزُ هبةُ الأرض المزروعة دُون الزَّرْع، وبالعَكْسِ؛ خلافاً لأبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ أيضاً.

وإذا وهَب منَ ٱثنَيْن، فقبل أحدهما في نِصْفه، فوجهان، كما في البَيْع[1].

وجوابُ صاحب الشَّامل فيهما التصحيحُ.

ومنْها: لا يجوز هبة المجهول كبَيْعه، وعن مالك ـ صحَّتُهَا.

ومنها: لا يجوز هبة الآبِقِ والضَّالِّ، ويجوز هبةُ المغْصُوب من غير الغَاصِب، إن قدَرَ علَىٰ الانتزاع، وإلاَّ، فوجهان ستَذْكُر مأخذَهُما إن شاء الله تعالى.

وأمَّا الهبةُ مِنَ الغاصِبِ، فقد ذَكَرْنا حُكْمَها في الرَّهْن.

ويجوزُ هِبَةُ المُسْتَعَار منْ غَيْر المستعير، ثم إذا قبض الموهُوبُ منه بالإِذْن، برىء الغاصب والمستعير من الضَّمان.

وتجوز هبةُ المستأجَرِ منْ غَيْر المستأجِرِ، إن جوَّزنا بيعه، وإلاَّ، ففيها الوَجْهَان.

ثم ذكر الشيخُ أبو حامِدٍ وغيرُه أنَّه لو وُكِّل الموهوبُ منْه الغاصب، أو المُسْتَعِير، أو المستأجِر بقَبْضِ ما في يده مِنْ نَفْسِه، وقَبلَ، صحَّ، وإذا مضتْ مُدَّةٌ يتأتى فيها القَبْضُ، برِىء الغاصبُ والمستعيرُ من الضَّمان، وهذا يخالِفُ الأصْل المشهور فِي أنَّ الشَّخْصَ الوَاحِدَ لا يَكُونُ قابِضاً ومُقْبِضاً[2]. ومنْها: في هبة المرهون وجهان، إن ٱعتبرناها، ٱنتظرنا، فإنْ بِيعَ في الرَّهْن، بأن بطلانُ الهِبَة، وإنِ ٱنفكَّ الرَّهْنُ، فللواهِبِ

---

(١) في هذه الصورة الأخيرة إشكال من جهة أن الإقباض معتبر من جانب الواهب والقبض معتبر من جانب المتهب، فإن أذن في إعتاقه صار كأنه استنابة في قبضه وهو المقبض وهو ممتنع. وما ذكره في الصورة الأولى خاص بالأكل فلو أذن في إتلافه فالحكم بخلافه. ذكره في الكافي.

(٢) تقدم ما يستثنى من هبة المجهول، وينبغي أن يستثنى من هبة المغصوب لغير الغاصب إذا قلنا بعدم الصحة الهبة الضمنية كأعتق عبدك عني، وأما ما ذكره الشيخ من الأشكال في مخالفة الأصل في الإقباض، فأجاب عنه الشيخ ابن الرفعة بأن ذلك في قبض متوقف على مقبض بأن يكون الحق في الذمة، فأما إذا كان معيناً، فلا اتحاد فيه، وما نحن فيه من هذا القبيل. انتهى.

قيل: ويمكن أن يقال ليس هذا من اتحاد المقبض والقابض، وإنما هو مجرد قبض لأن العارية بطلت بالهبة، والتوكيل في قبضها كالتوكيل في قبض عين اشتراها ولا يد لأحد عليها إلى آخر ما ذكره في الخادم.

الخيارُ في الإقباض، والوَجْهان في هذه الصُورة كلّها توجه:

أحدُهُما: وهو الأظْهَرُ بالقياس على البيع.

والثاني: بأنَّ البيع لا يفيد الملك في الحَالِ، بلْ يشترط لَهُ التَّسْليم، وليْسَتْ هي بموجبة للتسليم حتَّىٰ يمتنع فيما يمتنع تسليمه، فيُحْتَملُ فيها ما لا يُحْتَملُ في البيع.

ومنْها في هبة الكلب وجهان عَنْ رواية الشَّيخ أبِي عَلِيٍّ وغيره:

أظْهَرُهُمَا: وبه قطع الشيخُ أبو محمد: المنع كالبيع.

وثانيهما: الصِّحَّة؛ تنزيلاً للهبة منزلةَ الوَصِيَّة، وهما جاريانِ فِي جِلْد الميتة قبل الدباغ، وفي الخُمُور المحرَّمة.

قال الإمامُ: وحقٌ منْ جَوَّز الهبة فيها أن يجوِّزها في المجاهيل، وفي الآبق كالوَصِيَّة[1].

ومنها: هبةُ الدَّيْن، وهي إمَّا أن تُفرض ممَّن عليه الدَّيْن، أو من غيره، فإنْ وهب ممَّن عليه الدَّيْن، فهو إبراءٌ، فإنْ قلْنا باْعتبار القَبُول في الإبراء علَىٰ ما أسلفنا حكايَتَهُ عن ابنِ سُرَيْجٍ، فإذا جَرَىٰ بلَفْظِ الهِبَة، كان أولَىٰ. وإنْ قُلْنا: لا يُعْتبر، فوَجْهان، إن نظرْنا إلى اللفظ، اْعتبرناه، ويُحْكَىٰ هذا عن ابن أبي هُرَيْرةَ.

وإن نَظَرْنا إلى المعْنَى، فلا. قال في «الشَّامل» وهو المذهب، وإن وهَبَ مِنْ غَيْرِ مَنْ عليه، فيبنَىٰ على الخلاف في بَيْع الدَّيْن مِنْ غَيْر مَنْ علَيْه إنْ أبطلناه، فكذلك الهبة، وهو الأصحُّ، وإن صحَّحناه، ففِي الهبَة وجْهان، كما ذكَرْنا في رَهْن الدَّيْن فإن صحَّحنا، فهلْ يفتقر لزُومُها إلَىٰ قَبْض الدَّيْن؟ فيه وجهان:

أحدهُمَا: نعم؛ على قياس الهبات.

والثاني: أنَّهُ لا حاجةَ إلَى القَبْضِ، وعلَىٰ هذا، فوجهان:

أحدهُمَا: أنَّه يلزم بنَفْسِ الإيجاب والقَبُول، كالحوالة؛ لأنَّ المَقْصُودَ أن يَصِيرَ المتَّهِبُ بعد الهبة كالوَاهِب قبْلَها، والواهبُ كان مستحِقّاً مِنْ غير قبض.

والثاني: أنَّهُ لا بدَّ من تسليط بَعْدَ العَقْد، وإذْنٍ مجدّد، ويكونُ ذلك كالتخلية في الأعيان الَّتي لا يُمْكِنُ نقْلُها وإذا فرَّعنا علَىٰ أنَّهُ يجوز رَهْنُ الدَّين، افتقر لزومه إلَىٰ القَبْض لا محالة؛ لأنَّهُ لا يفيدُ اْنتقالَ المِلْك والاستحقاق.

---

(١) وهذا الذي قاله الإمام، قد صرح الماوردي بحكايته عن ابن سريج أنه لا يجوز هبة الآبق. ذكره في كتاب البيع، وقال صاحب العدة. هنا: هبة العبد الآبق في حالة إباقة لا تجوز في وجه.

فرعٌ:

عن صاحب «التقريب»:

مَنْ عليه الزكاةُ، لو وهَبَ دَيْنَه على المسكين بنية الزكاة، لم يقع الموقع؛ لأنَّهُ إبراءٌ، وليس بتمليك، وإقامة الإبراء مقام التمليكِ إبدالٌ، وإنَّهُ غيرُ جَائِزٍ في الزكوات.

ولَكَ أن تقول: ذكروا وجهَيْن في أنَّ هبةَ الدَّيْن ممَّن عليه الدين تتنزل منزلة التَّمليك، أم هو مَحْضُ إسْقَاطٍ؟ وعلى هذا خرج اعتبار القَبُول فيها، فإنْ أعطَيْنَاها حكم التمليك، وجَبَ أنْ يقعَ الموقع[1]، ولو كان الدَّيْنُ علَىٰ غيره، فوهبه للمسكين بنيَّة الزكاة. وقلْنا: تصح الهبة ولا يعتبر القَبْض، وقع عن الزكاة، والمستحقُّ يطالب المديُونَ به، واللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: الثَّالِثُ: القَبْضُ وَبِهِ يَحْصُلُ (م و) المِلْكُ، فَإِنْ مَاتَ الوَاهِبُ قَبْلَ القَبْضِ تَخَيَّرَ الْوَارِثُ فِي الإِقْبَاضِ، وَقِيلَ: يَنْفَسِخُ كَالوِكَالَةِ، وَكَمَا قَبْلَ القَبُولِ، وَلَوْ قَبَضَهَا المُتَّهِبُ دُونَ إِذْنِ الوَاهِبِ لَمْ يَحْصُلِ المِلْكُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الركنُ الثالِثُ: القَبْضُ، ولا يحْصُلُ المِلْكُ في الهبات والهَدَايَا إلاَّ بعد حُصولِ القَبْضِ. رُوِيَ أنَّ أبا بَكْرٍ ـ رضي الله عَنْه ـ نَحَل عائشة ـ رضي الله عنها ـ جذاذ عِشْرِينَ وَسْقاً، فلَمَّا مَرِضَ قَالَ: وَدِدْتُ أَنَّكِ جزيته وقبضتيه. وإنَّما هو اليَوْمَ مَالُ الوَارِثِ[2].

---

(١) أجاب عنه ابن الرفعة بأن هذا وإن جعلناه تمليكاً فهو تمليك تقديري لا تحقيقي، والمعتبر في الزكاة التمليك الحقيقي، ولهذا قال الإمام: إنه ليس بتمليك على الحقيقة. قال في البسيط: بل هو كالبدل عن التمليك، بل قال بعض الفضلاء: لا ينبغي أن يسقط به الزكاة، وإن أعطيناه حكم التمليكات الحقيقية لأن الزكاة تحتاج إلى دفع ولم يوجد، وقد نقل الماوردي أنه إذا كان لرب المال دين على فقير من أهل السهمان لم يجز أن يجعل ما عليه من دينه قصاصاً من الزكاة إلا أن يدفع الزكاة إليه، ثم يختار الفقير دفعها إليه من ذمته، فأراد أن يجعله عن زكاته. وقال له جعلته عن زكاتي فوجهان أصحهما لا يجزئه والثاني، يجزئه كما لو كانت له عنده دراهم وديعة ودفعها عن الزكاة وهذا يؤيد ما حكاه الرافعي من الخلاف.

وقال في الكفاية: ينبغي أن يتخرج في هذا خلافاً في الخلاف فيما إذا أبرأ ابنه من دين له عليه فلا رجوع إن قلنا: الإبراء إسقاط، وإن قلنا: تمليك ثبت، وقد حكاه الرافعي فيما بعد عن المتولي. قاله في الخادم.

(٢) رواه مالك (٢/ ١٢٥ ـ ١٢٦) من ابن شهاب عن عروة عن عائشة به وقال الحافظ في التلخيص: وأتم به، والبيهقي (٦/ ١٦٩ ـ ١٧٠) من طريق ابن وهب عن مالك وغيره عن ابن شهاب، وقال الحافظ في التلخيص وعن حنظلة بن أبي سفيان عن القاسم بن محمد نحوه، والبغوي في شرح السنة (٢٢٠٤).

ولَوْلاَ توقُّف الملْكِ على القَبْض، لَمَا قال: «إنَّه مالُ الوَارِث».

وفيه دليلٌ علَىٰ أنَّ الإقْبَاض في مرَضِ المَوْتِ مِنَ الوارث بمثابة الهبة منه هذا ظاهِرُ المَذْهَب، وبه قال أبو حنيفةَ، وفيه قولان آخران:

أَحَدُهُمَا: وَيُحْكَى عن رواية عِيسى بنْ أبانَ عَنِ القَدِيم أنَّهُ يَحْصُلِ المِلْكُ بنَفْسِ العَقْد، وبه قال مَالِكٌ كالوقْف.

والثاني: أنَّ المِلْكَ مَوْقُوفٌ إلَىٰ أنْ يُوجَدَ القَبْض، فإِذَا وُجِدَ، تَبَيَّنَّا حُصُولَ المِلْك منْ وقْف، العَقْد، وهذا مخرَّج مما ذكرنا في «زكاة الفطْر» أنَّهُ لو وهب عبْداً في آخِرِ رَمَضان، وقبضَه بعْد غُرُوب الشَّمْس، كانت الفطرةُ على المَوْهُوب له.

ومن قال بالوقف[1]، قال: هذا تفريعٌ منه علَىٰ مذْهَب مالكٍ.

وقال أحْمَدُ: إذا وهَب قفيزاً من صُبْرة أو دِرْهَماً من دَرَاهِم، فلا بُدَّ من القبض، وإنْ وهَبَ مُعيَّناً كالثَّوْب والعَبْد فأصحُّ الروايتَيْنِ أنَّ المِلْكَ لا يَفْتَقِر إلَىٰ القَبْض، ويتفرَّع على الأقوال أنَّ الزياداتِ الحادثَةَ بيْن العقْد والقَبض لمن تَكُون.

ولو باع الواهِبُ ما وهَبَهُ منْ إنسان قَبْل القَبْض ـ حَكَى الشَّيْخُ أبو حامد أنَّه إنْ كان يعْتَقِد أنَّ الهِبَةَ غيرُ تامَّة، صحَّ البَيْعُ، وبَطَلَتِ الهبةُ، وإن كان يعتقد تَمَامَها، وانتقالَ الملْكِ بنَفْس العَقْد، ففي صحَّة البيع قولان كالقولَيْن فيما إذا باعَ مالَ أبيه علَىٰ ظَنٍّ أنَّهُ حيٌّ فبان ميتاً ولو مات الواهبُ أو المتَّهب بين العقْد والقبض فوَجْهان، ويقال: قولان:

أحدُهُما: أنَّهُ يَنْفَسِخ العَقْدُ لجوازِهِ كالشَّركة والوَكَالة.

وأَصَحُّهُمَا: المَنْعُ؛ لأنَّهُ يَؤُولُ إلى اللُّزوم كالبيع الجَائِز، بخلاَفِ الشَّركة والوكالة، فعلَىٰ هذا، إن مات الواهبُ، يخيَّر الوارثُ في الإقْبَاض، وإنْ مات المتَّهِب، قبضَ وارثه، إن أقبضه الواهِبُ، ويجري الخلافُ فيما إذا جُنَّ أحدهُمَا أو أُغْمِي عَلَيْه[2].

والقبضُ المستعقبُ للمِلْك هو المقرونُ بإذن الواهب، فلو قَبضَ منْ غير إذْنه، لم يَمْلِكْه، ويدْخُل في ضمانِهِ، ولا فَرْقَ بين أنْ يقبضَ في مَجْلِس العَقْد أو بَعْدَه.

وقال أبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ إذا قبضه في المجْلِس بغير إذْنه ملَكَه، وإنْ تأخَّر عن المجلس، احتاج إلى الإذْن.

لنا: قياسُ الحالة الأُولَىٰ على الثانية.

---

(١) في ز: الأول.

(٢) قال النووي: قال البغوي: ويقبض بعد الإفاقة منهما ولا يصح القبض في حال الجنون والإغماء.

ولو كان المَوْهُوبُ في يد المَوْهُوب منه، فالحكمُ ما مَرَّ في «كتاب الرهن».

ولو أَذِنَ في القَبْض، ثم رجَعَ عنه قبلَ القَبْض، لم يصحَّ القبض، وكذا لو أَذِنَ، ثمَّ ماتَ الآذِنُ أو المأذُون له قبْل القَبْض، بَطَل الإذن.

ولو بَعَثَ هديَّة إِلَىٰ إنسان، فمَاتَ المهديُّ إليه قبل وصولها إِلَيْه، بَقِيَتِ الهدية عَلَىٰ مِلْك المهدي.

ولو مَاتَ المهديُّ، لم يكنْ للرَّسُولِ حَمْلُها إلى المهدَىٰ إِلَيْه، وكذا القادم من السَّفَر، إذا ٱبتاع [لأصدَقائه، هدايا][1] وماتَ قبلَ وصُولِها إِلَيْهِم، فهيَ ميراثٌ. وكيفيَّة القبْض في العَقَار والمَنْقُول، كما قدَّمناه في «البَيْع» وحكَيْنا ثمَّ قولاً أنَّ التخليَة في المنقولات قَبْضٌ. قال في «التتمة»: لا جرَيانَ لذلك القَوْل ههنا، والفرْقُ أنَّ القبْضَ في البيع مستحقٌّ، وللمشتري المطالبة، به فجاز أنْ يجعل بالتمكُّن قابضاً، وفي الهبة القَبْضُ غير مستحقٍّ، فٱعتبر تحقيقَهُ، ولم يكتف بالوضع بيْن يدَيه[2].

ولهذا لو أتْلَف المتَّهِب الموْهُوب، لم يَصِرْ قابضاً، بخلاف المشْتَرِي، إذا أتلف المَبيع، ولو أمَرَ الواهب المتَّهب بأكْل الطعام الموهوب، فأكَلَه، أو بإعْتَاق العَبْد الموْهُوب، فأعتقه، أو أمر المُتَّهب الواهب فأعتقه، كانَ قابضاً والله أعلم.

فُرُوعٌ محكية عن نصِّ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ.

إذا قال: وهَبْتُهُ له، وملَّكه، لَمْ يكن إقراراً بلُزُوم الهِبَةِ؛ لجواز أن يعتقد حُصُول الملك بمجرَّد العَقْد، كما قاله مالكٌ، والإقْرار ينبني على اليَقِين.

ولو قال: وَهَبْتُهُ منه وخرجت إلَيْه منه، نظر؛ إن كان المالُ في يَد المتَّهِب، كان ذلك إقراراً منْه بالقَبْض، وإن كان في يَد الوَاهِبِ، فلا.

ولو قيل له: وهَبْتَ دارِكَ منْ فُلاَن، وأقْبَضْتها منه، فقال: نعم، كانَ ذلك إقراراً بالهِبَة والإقْبَاض.

وقوله في الكتاب: «وبه يَحْصُلُ المِلْك» يجوز إعْلامه بالميم والألف والواو؛ لما

---

(١) في ز: تحفاً.

(٢) قال النووي: فلو كان الموهوب مشاعاً، فإن كان غير منقول، فقبضُه بالتخلية، وإن كان منقولاً، فقبضه بقبض الجميع. قال أصحابنا: صاحب «الشامل» وآخرون: فيقال للشريك ليرضى بتسليم نصيبه أيضاً إلى الموهوب له، ليكون في يده وديعة حتى يتأتَّى القبض ثم يرده إليه. فإن فعل فقبض الموهوب الجميع، ملك. وإن امتنع، قيل للموهوب له: وكل الشريك في القبض لك. فإن فعل نقله الشريك وقبضه له. فإن امتنعا، نصب الحاكم من يكون في يده لهما فينقله ليحصل القبض، لأنه لا ضرر في ذلك عليهما.

سَبَق. وقوله: «وكما قبل القبول» الحُكْم بالإنفساخ قِيَاساً علىٰ ما قبل القَبُول فيه ضَرْبُ تَوَسُّع، فإنَّه لا انعقاد قَبْل القَبُول حتَّى يطرأ علَيْه انْفِسَاخٌ والمعْنَىٰ أنَّه إذا ماتَ قَبْل القَبُول يلْغُوا الإيجابُ، ولا يَبْقَىٰ له اعتبارٌ، فكذا إذا مات قَبْل القَبْض؛ لشُمُول الجَوَاز للحالَتَيْن.

واعلم قوله: «لم يحصُلُ المِلْك» بالحاء إشارةً إلَىٰ ما ذكرنا مِنْ مذْهَب أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ أنَّه إن كان القَبْضُ في المجْلِسِ، حَصَلَ الملك، وإن لم يُوجَدِ الإذْنُ، هذا شرْحُ الأركان المذكورة في الكِتَاب، واعلم أنَّ المتعاقِدَيْن معدودانِ مِنَ الأرْكَان، وكأنَّه ترك ذكرهما لوضُوح حالِهِمَا، وما يُعْتبر فيهما، وأنَّ القَبْضَ، وإنْ كان ركناً، لا بد منه في حُصُول المِلْك، وإن لم يوجد الإذن، هذا شرح الأركان إلاَّ أن كلامه في الكتاب في أركانِ الهِبَة، وليْسَ القبضُ مِن نفْس الهِبَة؛ ألا تَرَىٰ أنَّهُ يقال: هِبَةٌ اقترنَ بها القَبْض، وهبةٌ لم يقترن، والله أعلم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: الفَصْلُ الثَّانِي فِي حُكْمِهَا وهو قِسْمَان: الأَوَّلُ مَا قُيِّدَ بِنَفْيِ الثَّوَابِ فَيَلْزَمُ بِالقَبْضِ، وَلاَ رُجُوعَ فِيهِ إلاَّ لِلْوَالِدِ (ح م) فِيمَا يَهَبُ لِوَلَدِهِ، وَفِي مَعْنَاهُ الوَالِدَةُ وَالجَدُّ (م) وَكُلُّ أَصْلٍ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَخْتَصُّ بِالأَبِ، وَإِنْ تَصَدَّقَ عَلَيْهِ لِفَقْرِهِ فَفِي الرُّجُوعِ خِلاَفٌ، وَمَهْمَا تَلِفَ المَوْهُوبُ أَوْ زَالَ مِلْكُ المُتَّهِبِ فَاتَ الرُّجُوعُ، وَلاَ يَثْبُتُ طَلَبُ القِيمَةِ، وَلَوْ كَانَ عَصِيراً فَصَارَ خَمْراً ثُمَّ عَادَ خَلاً عَادَ الرُّجُوعُ (و)، وَكَذَا إِذَا انْفَكَّ الرَّهْنُ وَالكِتَابَةُ، وَلَوْ عَادَ المِلْكُ بَعْدَ زَوَالِهِ فَفِي عَوْدِ الرُّجُوعِ قَوْلاَنِ (و)، وَلَوْ حَصَلَتْ زِيَادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ سُلِّمَتْ لِلْمُتَّهِبَ وَاخْتَصَّ الرُّجُوعِ بِالأَصْلِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في هٰذَا الفَصْل الثاني مقصدان:

أحدُهُمَا: القولُ في الرُّجوع في الهِبَةِ.

والثاني: في اقتضائِهَا الثَّوابَ لكنه خلَط أحَدَهُما بالآخرَ، وأشارَ إلَىٰ ضبط ما يفي بالمقصُودَيْن، وإنْ لم يُصَرِّح به، ونَحْنُ نوضِّحه، ونأْتِي بمسائِلِ الكِتَابِ مدرجة فيه، فنَقُول: الهِبَةُ تنْقَسِم إلَىٰ مقيَّدة بنَفْي الثَّوَاب، وإلَىٰ مقيَّدة بإثْبَاته، وإلى مطْلَقَة.

أمَّا المقيَّدة بنفْي الثواب، فإنَّها تلْزَمُ بالقبض، ولا رجُوعَ فيها إلاَّ للوالِد يرْجِعُ فيما يهب لولَده علَىٰ ما سيأتِي.

وينبغي للوَالِدِ أنْ يعْدِلَ في العطيَّة بيْن الأولادِ كيْلا يُفْضِي بهم المَيْلُ إلى العقوق قال: فإن ترك العَدْلَ، فقد فَعَل مكروهاً لكنْ تصحُّ الهبة.

رُوِيَ عنِ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ ـ رضي الله عنه ـ أنَّ أباهُ أتَىٰ بِهِ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فقَالَ:

إنِّي نَحَلْتُ ٱبْنِي هَذَا غُلاَمَاً ـ فَقَالَ: «أَكُلَّ وَلَدِكَ نَحَلْتَ مِثْلَ هَذَا؟ قال: لا، قَالَ: «أَيَسُرُّكَ أَنْ يَكُونُوا لَكَ فِي البِرِّ سَوَاءً؟» قَالَ: «نَعَمْ، قال: فَلاَ، إِذَنْ» ويرْوَىٰ عنه قال: «فأَرْجِعْهُ» ويُرْوَىٰ أَنَّهُ قال: «فَٱتَّقُوا اللَّهَ وٱعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلاَدِكُمْ»(١).

ثم الأَوْلَىٰ، والحالة هذه، أن يُعْطِيَ الآخرين بما يَحْصُل به العَدْل، ولو رَجَعَ، فلا بأسَ. وعن أحمد ـ رضي الله عنه ـ أنَّه يجبُ الرُّجُوع، ويُرْوَىٰ عنه أنَّهُ لا تصحُّ الهبةُ مع التَّخْصيص أصْلاً، وإذا أعطَىٰ، وعدل، كُرِّهَ له الرجُوع، وكذا إنْ كانَ لَهُ وَلَدٌ واحدٌ، فوهَبَ منه، كره له الرجُوع، إن كان الولدُ عفيفاً بارّاً، وإن كان عاقّاً، أو كان يستعينُ بما أَعْطَاه في مَعْصِيَةٍ، فليُنْذِرْهُ بالرُّجُوع، فإنْ أصرَّ، لم يُكْرَه الرُّجوعُ.

وفي طريقِ العَدْلِ في الهبةِ منَ الأولاد وجهان:

أصحُّهما: وبه قال أبو حنيفةَ ومالكٌ ـ أَنَّ الطريق التَّسْوية بين الذكورِ والإناثِ؛ لما رُوِيَ أنَّهُ ﷺ قال: «سَوُّوا بَيْنَ أَوْلاَدِكُمْ فِي العَطِيَّةِ، وَلَوْ كُنْتُ مُفَضِّلاً أَحداً لَفَضَّلْتُ البَنَاتِ»(٢).

والثَّاني: وبه قال أحمد: أنَّهُ يُعْطِي للذِكر مثل حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ(٣)، ٱعتباراً بالميراث، إذا تقرَّر ذلك، فالكلامُ فيمَنْ يرجع؟ وفي أنَّه إلاَمَ يَرْجِع؟ وفي أنَّ الرُّجُوعَ لم يَحْصُلْ.

أمَّا الراجعُ، فللأب الرجُوعُ في الهبة؛ لما رُوِيَ أنَّهُ ﷺ قالَ: «لاَ يَحِلُّ لِوَاهِبٍ أنْ يَرْجِعَ فِيمَا وَهَبَ إلاَّ الوَالِدُ فإنَّهُ يَرْجِعُ فيما وَهَبَ لِوَلَدِهِ»(٤).

---

(١) رواه الشافعي في الأم والبيهقي من طريقه باللفظ الثاني ورواه البخاري (٢٥٨٦ و٢٥٨٧ و٢٦٥٠) ومسلم (١٦٢٣) وقال الحافظ في التلخيص: واللفظ الثالث عند البخاري، وقوله: أيسرك أن يكونوا لك في البر سواء؟ هو في رواية داود ابن أبي هند عن الشعبي عنه أخرجه البيهقي وغيره.
(تنبيه) وقع في الوسيط للغزالي إلى أن الواهب هو النعمان بن بشير وهو غلط ظاهر.

(٢) رواه الطبراني من حديث ابن عباس إلا أنه قال: النساء، بدل البنات والبيهقي (٦/ ١٧٧) وقال الحافظ في التلخيص: وفي إسناده سعيد ابن يوسف وهو ضعيف، وذكر ابن عدي في الكامل (٣/ ١٢١٧) أنه لم يرو له أنكر من هذا زاد القاضي حسين في هذا الحديث بعد قوله العطية: حتى في القبل، وقال الحافظ في التلخيص وهي زيادة منكرة.

(٣) قال النووي: وإذا وهبت الأم لأولادها، فهي كالأب في العدل بينهم في كل ما ذكرناه، وكذلك الجد والجدة، وكذا الابن إذا وهب لوالديه. قال الدارمي: فإن فضل فليفضل الأم.

(٤) رواه الشافعي (٢/ ١٦٨) رقم (٥٨٤) عن مسلم بن خالد عن ابن حريج عن الحسن بن مسلم عن طاوس به مرسلاً، وقال: لو اتصل لقلت به، انتهى وقد رواه أبو داود (٣٥٣٩) والترمذي (٢١٣٣) والنسائي (٦/ ٢٦٥) وابن ماجه (٢٣٧٧) وصححه الترمذي وابن حبان (١١٤٨ موارد) والحاكم (٢/ ٤٦) من حديث طاوس عن ابن عباس.

وذكر الإمامُ أنَّ الشَّيْخَ أبَا عَلِيٍّ حَكَىٰ عن ابْنِ سُرَيْجٍ أنَّه إنَّما يَرْجِعُ إذا قَصَدَ بهبته استجلابَ برٍّ أو دَفْعَ عُقُوقٍ، فلم يحْصُلْ غَرَضُه، أمَّا إذا لَم يقْصِدْ ذلك، وأطْلَقَ الهبةَ، فلا رجُوع له والمشهودُ الأوَّلُ.

وقال أبو حنيفة ـ رضي الله عنه: ـ لا رجوع للأبِ.

وعن مالك ـ رحمه الله ـ أنه إذا رَغِبَ راغبٌ في مواصلة الولَدِ بسَبَبِ المال الموهوب، فزوَّج من الابن، أو تزوَّج بالبنت، فلا رجوع له، وأصحُّ الروايتَيْن عن أحْمَدَ ـ رحمه الله ـ مثْلُ مذهبنا، وفي غير الأبِ مِنَ الأُصُول قولان:

أحَدُهُمَا: لا رُجُوعَ لهم؛ لأن الخير ورَدَ في الأب:

وأصحُّهُمَا: أنَّهُمْ كالأب كما أنَّهُمْ كالأبِ في حُصُول العِتْق، ووجُوب النَّفَقَةِ وسقوط القصاص. وقطَع قاطِعُون بثبوت الرُّجُوع للأُمِّ؛ لأنها كالأب في كَوْن الولَد منهما، بل ولادَتُها متيقَّنةٌ، وانتسابُهُ إلى الأب ظاهرٌ.

وآخرُونَ بثُبوت الرُّجُوعِ للجد أبي الأبِ؛ لأنَّهُ كالأبِ في الولاية، وخصصوا الخلافَ بالأمِّ وآبائها وأمهاتها وأُمهاتِ الأبِ، وهذا ما أورده المتولِّي.

وتنساقُ هذه الطُّرُقُ إلىٰ أربعةِ أوْجُهٍ. اختصاصه بالأب اختصاصه بالأب والأمِّ.

اختصاصه بكلِّ أصلٍ [تثبت] له الولايةُ.

شموله كلّ أصْل، وهُو الأصحُّ، وعن مالك أنّه لا رجُوعَ لهم سَوى الأم، وقال أحْمَدُ: لا رُجُوعَ لها أيضاً.

وأمَّا غير الأصول كالأخِ والعمِّ، وسائِرِ الأقارِبِ، فلاَ رجوعَ لهم كما لا رجوع للأجانب، ووجْهُه ما قدَّمنا مِن الخبر، وأيضاً، فقد رُوِيَ أنَّهُ ﷺ قال: «لاَ يَحِلُّ لِرَجُلٍ يُعْطِي عَطِيَّةً أَوْ يَهَبُ هِبَةً فَيَرْجِعَ فِيهَا إلاَّ الوَالِدُ فِيما يُعْطَى وَلَدَهُ، وَمَثَلُ الَّذِي يُعْطِي العَطِيَّةَ ثُمَّ يَرْجِعُ فِيهَا كَمَثَلِ الكَلْبِ يَأْكُلُ، فَإذَا شَبعَ قاء، ثُمَّ عَادَ في قَيْئِهِ»[1].

وقال أبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ لا رُجُوعَ في الهبةِ مِنَ المَحْرَم، ويثبت في غير المَحْرَمَ قريباً كان أو أجنبياً، إلاَّ فِي هِبَةِ أحدِ الزَّوْجَيْنِ مِنَ الآخَرِ، ولا فَرْقَ في حقِّ الرجوع بَيْن أن يكون الوَالِدُ والوَلَدُ متفقَيْن في الدِّيْن، أو مختلفَيْن، ولو وهَبَ مَن عبد ولده، فلَهُ الرجوع.

= وقال الحافظ في التلخيص: وهو عنده من رواية عمرو بن شعيب عن طاوس، وقد اختلف عليه فيه، فقيل عنه عن أبيه عن جده والدارقطني (٣/ ٤٢ ـ ٤٣).

(١) قال الحافظ في التلخيص: هو بتمامه هكذا عند أبو داود.

ولو وهَبَ مِنْ مكاتَبِ ولده، فلا، وهبة الإنسان منْ مكاتَبِهِ كهبته من الأجنبيِّ.

ولو تداعَىٰ آثنانِ مَوْلُوداً، ووهَبَا منْه، فلا رُجُوعَ لواحد منهما، فإنْ لَحِقَ بأحدِهِما فوجهان، لأنَّ الرجُوعَ لم يكن ثابتاً في الابتداء[1]. وحُكْمُ الرُّجُوع في الهديَّة حكْمُه في الهِبَة. ولو تصدَّق على آبنه، فوجهان:

أصحُهما: ويُحْكَىٰ عن نصِّه في «حرملة» أنَّ له الرُجُوعَ أيضاً؛ لأنَّ الخبر يقْتَضِي ثبوتَ الرُّجُوعِ في الهِبَة، والصَّدَقةُ ضَرْبٌ من الهبة، ولأنَّه تبرع على الولَد فِي الحياةِ لا بُدَّ فيه من التَسليم، فأشبه الهبة[2].

والثاني: وبه قال مالك رحمه الله لاَ رجوع له، لأنَّ القصدَ من الصَّدقة ثَوَابُ الآخرةِ، وقد حَصَلَ. فرعان عن «التتمة»:

أحدهما: إذا أبرأ ابْنَه عَنْ دَيْنِهِ، ينبنِيْ على أنَّ الإبراءَ إسقاط، أو تمليكٌ.

إن قلنا بالأوَّل، فلا رجوعَ، وإلاَّ، ثبتَ الرُّجُوعُ[3].

الثَّاني: لو وهَبَ مِنْ ولده، ثم مَاتَ الواهبُ ووارثه أبوه؛ لكون الولد مخالفاً في الدِّين، فلا رُجُوع للجَدِّ الوارث؛ لأنَّ الحقوق لا تُورَثُ وحدَها، إنَّما تورَثُ بتبعيَّة الأموال، وهو لا يرثُ المال.

أمَّا أنه إلام يرجع، فآعلم أنَّ الموهوبَ، إمَّا أن يكونَ باقياً في سلْطَته المُتَّهِب، أو لا يكون أحد القِسْمَين ألا يكون باقياً في سلطته، فإنْ تَلِفَ في يدَه، أوْ زَال ملكه عنْهُ ببيع أو غَيْرِهِ، فلاَ رُجُوعَ للواهب، ولا له طَلَبُ القيمة، ويلتحقُ به ما إذا وقَف الموهُوب، أو كانَ عَبْداً فكاتبه، أو أمَةً، فآستوْلَدَها، أو رَهَنَ الموهوب وَأقْبَضَه، أو هَبَه وأقْبَضَه، أو وهَبَهُ وحكى الإمام خلافاً في أنَّ الرُجوعَ هَلْ يمتنع بالرَّهْن مبنيّاً علَىٰ ما

---

(١) قال النووي: أصحهما: الرجوع، وبه قطع ابن كج، لثبوت بنوته في لأحكام.

(٢) قال الشيخ البلقيني: إنما يرجع في المتصدق المتطوع به، فأما المتصدق به الواجب في زكاة أو فدية أو كفارة، فلا رجوع للوالد فيه، وكذا لو أرسل إليه لحم أضحية تطوع وهو فقير أو غني، فإنه لا ينبغي أن يرجع؛ لأنه إنما يرجع ليستفيد التصرف، والتصرف في مثل هذا ممتنع، قلته تخريجاً.

(٣) قال النووي في زيارته: ينبغي ألا يرجع على التقديرين والله أعلم، وقد وافقه ابن الرفعة، ووجهه: بأن الدين سقط على كلا التقديرين وشرط الرجوع بقاء العين الموهوبة. ونازعهما بعضهم فقال: وفيما ذكره من المأخذ نظر. ألا ترى أنه لو اشترى بالدين عيناً ثم تلفت قبل القبض انفسخ العقد وعاد الدين على الظاهر. قيل: أما عود الدين عند التلف فصحيح. صرح به الرافعي فقال في آخر الرهن: لو اعتاض عن الدين عيناً ارتفع الرهن لتحول الحق من الذمة إلى العين، ثم لو تلف قبل التسليم بطل الاعتياض ويعود الرهن كما عاد الدين. وأما إن ذلك يقدح في المأخذ الذي ذكره الشيخ محي الدين وابن الرفعة ففيه نظر لأن الدين عاد بعد زواله.

سبق في صحَّة هِبَة المَرهُون؟ فإن قلنا: لا يصحُّ، لم يصحَّ الرجوع، وإن صحَّحنا، توقَّفنا، فإنِ انفك الرهْنُ، بأن صحة الرجوع، وذكر أيضاً فيما إذا كاتَبَ العَبدْ تَرَدُّداً؛ بناءً علَىٰ صحَّة بَيْع المكاتَب، ولا يمتنع الرجوعُ بالرَّهْن والهِبَةُ، إذا لم يقترنْ بهما القبْضُ، ولا بالتدبير وتعليق العتق بالصفة، ولا بزراعة الأرْض، وتزويجِ الجارِيَة، ولو أجَّر الموهوب، فكذلك جوابُ الأكثرين، وتبْقَىٰ الإجارةُ بحالِهَا، كالتَّزويج.

وقال الإمَامُ: إنْ صحَّحنا بيْعَ المستأجر، فللواهب الرُّجُوع، وإنْ لم نصحِّحه، فإنْ جوَّزنا الرُّجُوعَ في المرْهُون، وتوقَّفنا ما يكون، فيصح الرجوع، في المستأجر، ولا حاجَةَ إلى التَّوقُّف، بل الرقبةُ للرَّاجع، والمستأجر يستوفي المنفعة إلى انْقِضَاء المُدَّة، وإنْ منَعْنَا الرجُوعَ في المرْهُون، ففِي المستأجر تردُّدٌ؛ لاطِّراد المِلْك فيه، واختصاص حقِّ المستأجر بالمنافع.

وخرج على هذا تردُّد فيما إذا أبَقَ العبْد الموهوب منْ يد المتهب[1]، وهلْ يصحُّ رجوع الواهب، مع قولنا بأن هبةَ الآبِقِ لا تصحُّ؟ لأنَّ الهبةَ تمليكٌ مبتدأ، والرجوعُ بناء، فيسامَحُ فيه، ولو جنَىٰ وتعلَّق الأرش برقبته، فهو كالمرهُون في امتناع الرجوع، لكنْ لو قال: أفْدِيه، وأرْجع فيه، مُكِّن منه، بخلافِ ما لَوْ كان مَرْهُوناً، فأراد أن يبذلَ قيمته، ويرْجِع، لما فيه مِنْ إبطال تَصرُّف المُتَّهِب.

وإذا زال مِلْكُ المتهب، ثم عاد بإرْث أو شراء، ففي عَوْدِ الرُّجُوعِ وجهان، وقال صاحب الكتاب: قولان:

أحدهما: يعود لأنه وجد عين ماله عنْد مَنْ له الرجوعُ فيما وهب منه.

وأصحُّهما: المنعُ؛ لأنَّ هذا المِلْكَ غيْرُ مستفادٍ منْهُ حتَّىٰ يزيله ويرْجِع فيه. واحتجَّ أبو العبَّاسِ الرُّويانيُّ لهذا الوجْه[2] بأنَّه لو وهَب مِنِ ابنه، فوهبه الابْنُ منْ جدِّه ثم وهبه

(١) في ذ: المرهون من يد المرتهن.

(٢) لو سلم للروياني ما ذكره في هذا الفرع، ففي صحة الاستدلال نظر كما قاله ابن الرفعة؛ لأن منع ثبوته هنا للأب لكون إثباته مبطلاً لحق غيره، وهو برجوع الجد، وإنما يثبت الرجوع إذا لم يتعلق بالعين حق لغير الواهب كما قاله ابن الصباغ في مسألتنا أن العين لو كانت عادت إليه بالشراء ولم يوف الثمن كان البائع أولى بالرجوع في عينها من الواهب، وبناء الغزالي الخلاف على الأصل الذي ذكره يشهد له فإن الخلاف في أن الزائل العائد كالذي لم يزل أولاً فيما إذا كان العود بجهة لا تتعلق بها عهدة كالإرث والهبة، فأما إن تعلق بها عهدة فالعائد غير الأول قطعاً؛ لأن الأول كان خالياً عن العوض، لكن قضية البحث المذكور أنه لو عادل الملك بالبيع ثم وفى الثمن بعد ذلك لا يثبت الرجوع؛ لأن الملك حين عاد كان غير الأول فلا ينقلب بعد وفاء الثمن إلى الأول، وكلام ابن الصباغ يفهم جريان الخلاف في الرجوع عنه.

الجدُّ مِنِ ٱبن ٱبنه الموهُوب له أوّلاً، فإنَّ حَقَّ الرجوعِ للجَدِّ الذي منه حصل هذا المِلْك لا للأب، ولا يبعُدُ أن يحكم القائل الأوّل بثُبُوت الرجوع لهما جميعاً.

ويُعَبِّر صاحب الكتاب عن الخلافِ في المسألة بالقولَيْن، كأنَّهُ يقر بها من مَسَائِلِ ذِكِرَ فيها قولان. وكذلك بناه في «الوسيط» على أصْلٍ قد مرَّ في «البيع» وهو أنَّ الزائلَ العائد كالَّذي لم يزل أو كالذي لم يعد.

وأيْضاً، فإنَّ الرويانيَّ ذكر في «الجُرْجَانِيَّاتِ» أنَّ الخلافَ في أنَّ المِلْكَ الثَّاني، هلْ يتبني على الأوّل في رجوعِ الواهب، كالخلاف في عَوْد الطَّلاق والظِّهار والإيلاء؟ ولو وهَب منه عَصِيراً، فصار خَمْراً؛ ثمَّ عاد خَلاًّ، فلَه الرُّجُوع؛ لأنَّ المِلْكَ الثابتَ في الخَلِّ سببه ملْك العصير، فكأنَّهُ المِلْك الأوّل بعينه. وقد حَكَىٰ بَعْضُهُمْ وجهَيْن في أنَّ المِلْكَ، هَلْ يزول بالتخمير، ووجْهَيْن في عَوْد الرجوع تفريعاً على القَوْل بالزَّوال فيجوز أنْ يُعْلَمَ لذلك قولُه في الكتاب: «عاد الرجُوع» بالواو، ولا يخفَىٰ أنَّ المرادَ من قوله: «ولو كان خَمْراً ثم عاد خَلاًّ» أي: لو صار الموهُوبُ خمراً، وما أشبهه.

ولو انفكَّ الرهْنُ والكتابةُ بأنْ عجز المكاتَبُ عن أداء النُّجُوم، ثبت الرجُوع؛ لأن المِلْكَ الذي كان لم يَزُلْ.

وحَكَىٰ الإمَامُ عنْ بَعْضِ الأصْحَاب في ٱنفكاك الرَّهْن وجهين مُرَتَّبَيْنِ على الوجْهَيْن فيما إذا زال المِلْكُ وعاد.

وفي «المجرَّد» للقاضي أبي الطيِّب ذِكْرُ وجه في الكتابة أيضاً؛ لأنَّ الكتابةَ تجعله في حُكْم من زال المِلْك عنه، وإذا انفكَّتْ، فكأنَّه حصَل ملْك جديدٌ، فليكن قوله: «وكذا إذا انفكَّ الرهن والكتابة مرقوماً بالواو.

لذلك: ولو أفْلَسَ المُتَّهِب، ثم حَجَر عليه القاضي، فأحَدُ الوجهين أن للواهب الرُّجُوعَ؛ لأن حقَّهُ أسبَقُ منَ الغُرَمَاء، إذِ الرُّجُوعُ يثبت بالهبة، وحقُّ الغرماء يثبت بالحَجْرِ. وأصحُّهُمَا: المَنْعُ، كالمرهون والجاني وبهما يبطُلُ توجيه الأوّل[1].

ولو ارتد وقلْنا: الردَّةُ لا تزيلُ المِلْك، يثْبُتُ الرجوع، وإنْ قلنا: تزيلُه، فلا رجوعَ، ثمَّ إذا عاد إلى الإسْلاَم، ثبَتَ الرجوع، ومنهم من جعله على الخلاف فيما إذا زال ملْكهُ، ثم عَادَ. ولو وهَبَ ٱلاَبْنُ المتَّهِبُ الموهوب لابنه، فهَلْ للجدِّ الرجوعَ تفريعاً على إثْبَات الرجوعُ للجدِّ؟ فيه وجهان:

---

(١) قال النووي: ولو حجر عليه بالسفه، ثبت الرجوع قطعاً لأنه لم يتعلق به حق غيره، قاله المتولي وآخرون ينظر: الروضة ٤/ ٤٤٣.

أحدُهُمَا: نعَمْ؛ لأنَّه موهُوبٌ مِمَّن للجَدِّ الرجُوعُ في هبته.

والثاني: لاَ؛ لأنَّ المِلْكَ غَيْرُ مُسْتَفَادٍ منه.

ولو باعه منْه، أوِ انْتقل بمَوْته إلَىٰ ابنه، فكلامُ صاحبُ «التهذيب» يقتضي القَطْع بالمَنْع، وفي «الشامل» طرد الوجْهين في صُورة المَوْت، وفي «التتمة» الطَّرْدُ في البيع أيضاً، والأصحُّ في الكلِّ المنعُ[1].

والقسم الثاني: أنْ يكونَ باقياً في سُلْطته فإنْ كان بحَاله أو ناقِصاً فله الرجوعُ، وليس على الابن أرْشُ النقصان، وإنْ كان زائداً، نظر؛ إن كانتِ الزيادةُ متَّصِلةً كالسماء وتعلُّم الحرفة، رَجَعَ فيه مع الزِّيادة، وإنْ كانتْ منفصلةً؛ كالوَلَد والكَسْب، رجَع في الأصْل، ويقيتِ الزِّيادة للمتَّهِب، وإذا وهَب جارِيةً أو بهيمةً حاملاً فرجع قبْل الوَضْع، رجَع فيها حاملاً.

وإنْ رجع [فيها] بعد الوَضْع فإنْ قُلْنا: يعرف الحمْل[2]، رجع في الأمِّ والولد.

وإن قلنا: لا يعرف لم يرجع إلاَّ في الأمِّ، ويرجع في الحال أمْ عَلَيْه الصَّبْرُ إلى الوضع؟ فيه وجهان حَكَاهُمَا في «التهذيب». ولو وهَبَ منه حَبّاً، فبَذَرَه، ونَبَتَ، أو بَيْضاً، فصارتَ فَرْخاً، فلا رُجُوع؛ لأنَّ مالَه صارَ مُسْتَهْلَكاً. قالَ صاحِبُ «التهذيب»: هذا إذا ضَمَّنا الغاصِبَ بذلك، وإلاَّ، فقد وجد عين ماله، فيرجَعْ فيه.

ولو كان المَوْهُوب ثَوْباً، فصبَغَه الابْنُ، رَجَعَ في الثوب، والابن شريكٌ بالصَّبغ، ولو قصره، أو كان الموهُوبُ حِنطَةً، فطحنها، أو غَزْلاً فَنَسَجَه، فإنْ لم تزدْ قيمته، فللأبِ الرجُوعُ، ولا شيْءُ للابْن، وإن زادت، فإنْ قلْنا: القصارة عَيْنٌ، فالابنُ شريكٌ، وإن قلنا: أثر، فلا شَيْءَ له.

ولو كانت أرضاً فبَنَىٰ فيها الابْنُ، أو غَرَسَ، رجَع الأبُ في الأرْض، وليس له قلْعُ البناءِ والغِرَاسِ مَجَّاناً، لكنَّه يتخيَّر بين الإبقاء بالأُجْرَة، أو التملك بالقيمة، أو القَلْع وغرامة النُّقْصَان، كما في العَارِية.

فرع:

عن أبي الحُسَيْن: إنْ وطىءَ الابْنُ الجاريةَ المَوْهُوبة يمنع الرجُوع، وإن عرى عنِ

---

(١) قال النووي: ولو وهب المتهب لأخيه من أبيه، قال في «البيان»: ينبغي أن لا يجوز للأب الرجوع قطعاً، لأن الواهب لا يملك الرجوع، فالأب أولى. ولا يبعد تخريج الخلاف لأنهم عللوا الرجوع بأنه هبة لمن للجد الرجوع في هبته، وهذا موجود هنا.

(٢) عبارة الروضة: فإن قلنا للحمل حكم.

الإِحْبَال؛ لأنَّه يحرِّمُها على الأب، والمَذْهَبُ خلافُه.

وأمَّا أنَّ الرُّجُوعَ لم يَحْصُلْ، وهذا مما لم يتعرَّض له في الكتاب، فيحْصُل الرجوعُ بقَوْله: رجَعتُ فيما وهبْتُ، وارتجعت واستردَدتُّ المَال - أورددتُّه إلى ملكي، وأبطلْتُ الهبةَ ونقَضْتُها، وما أشبه ذلك - هكذا أطلقوه لكنْ حكَىٰ أبو العباس الرُّويانيُّ في «الجُرْجَانِيَّاتِ» وجهين في أنَّ الرُّجُوع، هلْ هو نقضٌ وإبطالٌ للمِلْك في الهِبَة أم لا؟

أحدهما: لا؛ لأنَّه لو كانَ نَقْضاً لَمَلَكَ الواهبُ الزياداتِ الحَاصِلَةَ من الموهُوب.

والثاني: نعَمْ، كما أنَّ الإقالةَ فَسْخٌ ونَقْضٌ للبيع، وإنَّما لا تستردُّ الزيادة، لحُدُوثها علَىٰ ملك المتَّهِب، كما لا تستردُّ في الإقالة، فعلى الأوَّلِ؛ ينبغي ألا يُستعمَل لَفْظ النقض والإبطال إلاَّ أنْ يجعل كنايةً عن [المقصودِ، وقد ذكر الرُّويانيُّ في هذا، أنَّ اللَّفظَ الَّذي يُجْعَل به الرُّجُوع ينقَسِمُ إلى صَرِيحٍ، وهو قوله: رجَعْتَ، وإلىٰ كناية][1] تفتقرُ إلى النِّية؛ كقوله: أبطلتُ الهبةَ وفَسَخْتُهَا، ولَو لم يَأْتِ بلفظٍ، ولكنْ باع الموهوب، أو وهبه مِنْ غيره، أو وقفه، فوجهان:

أَحَدُهُما: أنَّه رُجُوعٌ، كما أنَّ هذه التصرُّفاتِ في زمانِ الخيارِ فسْخ للبيع.

وأصحُّهُمَا: المنع؛ لأنَّ الموهُوبَ مِلْكُ الابن بدلَيْلِ نفُوذ تصرُّفاته فيه، فيلغُو تصرُّف الأب فيه، وهذا كما أنَّه لو ثبَتَ له الفسْخُ بالعَيْب، فتصرَّف فيه لم يحْصُل به الفسْخُ، ويخالف المبيع في زمان الخِيَار؛ بأن الملك فيه ضعيفٌ.

فإن قلْنا بحُصُول الرُّجُوع، قال في «التهذيب»: في صحَّة البيع والهبة وجهان، كما في البَيْع في زمانِ الخِيار، ويجّري الوجْهان في حُصُول الرجوع، إذا أتلف الطَّعامَ المَوْهُوبَ، أو أعتق العَبْد أو وطيء الجَارِيَة وأشارَ الإمَامُ إلى وجْهٍ ثالث؛ وهو أنَّ مجرَّد الوطْء لَيْسَ برجوع، لكن إذا أحْبَلَها، وحَصَل الاستيلاد كان راجعاً.

وعلى الصَّحيح؛ يلزمه بالإتلاف القيمة ويلْغُو الإعتاقُ، وعلَيْه بالوطْءِ مَهْرُ المثل، وبالاستيلاد القيمةُ[2]. ولو صبَغ الثَّوْبَ الموهوب، أو خلَطَ الطعامَ بطَعَامِ نَفْسِهِ، لم يكن راجِعاً، بل هو كما لو فَعَل الغاصبُ ذلك.

---

(١) سقط من: ب.

(٢) قال النووي: ولا خلاف أن الوطء حرام على الأب وإن قصد به الرجوع، كذا قاله الإمام. لاستحالة إباحة الوطء لشخصين، ولا خلاف أن المتهب يستبيح الوطء قبل الرجوع. لكن إذا جرى وطء الأب الحرامُ، هل يتضمن الرجوع؟ فيه الخلاف.

فروع:

الرُّجُوعُ في الهِبَة حيثُ يثبت لا يفتقرُ إلَىٰ قضاءِ القاضي، خلافاً لأبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ ولو رجَع ولَمْ يستردَّ المال، فهو أمانةٌ في يد الابْن، بخلافِ المبيعِ في يَد المُشْتَرِي بعْد فسْخ البيع، وفَرَّقُوا بيْنهما بأنَّ المشتري أخذه على حكْمِ الضَّمان.

ولو أنْفَقَ الواهبُ والمتَّهِب علَىٰ فسْخ الهبةَ حَيْث لا رجوعَ، فينفسخُ كما لو تقايلا، أو لا ينفسخُ كالخُلع؟ فيه وجهان عن «الجُرْجَانِيَّات» والله أعلم(١).

قَالَ الغَزَالِيُّ: **الثَّانِي: الهِبَةُ المُطْلَقَةُ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَبِيرِ إِلَى الصَّغِيرِ لَمْ تَقْتَضِ ثَوَاباً، وَكَذَا إِنْ كَانَ مِنَ النَّظِيرِ عَلَى الأَظْهَرَ، وَلَوْ كَانَ إِلَى الكَبِيرِ مِنَ الصَّغِيرِ فَقَوْلاَنِ: الجَدِيدُ: أَنَّهُ لاَ ثَوابَ (م)، والقَدِيمُ: أَنَّهُ يَلْزَمُهُ (ح) لِلعُرْفِ، ثُمَّ قِيلَ: إِنَّهُ مَا يَرْضَىٰ بِهِ الوَاهِبُ (م)، وَقِيلَ: قَدْرُ القِيمَةِ، وَقِيلَ: مَا يَزِيدُ (م) عَلَىٰ القِيمَةِ وَلَوْ بِقَلِيلٍ، فَإِنْ لَمْ يُسَلِّمْ إِلَيْهِ مَا هُوَ الثَّوَابُ رَجَعَ فِيهِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تكلَّمنا في أَحَد أقْسَامِ الهبَة، وهو الهبةُ المقيَّدة بنَفْي الثواب، وفرَّعنا على المذْهَبِ الصَّحيحِ في صحَّة هذه الهبَة. وفيه وجْه: أنَّها لا تصحُّ، إذا أوجبنا الثوابَ بمُطْلَقِ الهبَة؛ لأنَّه شرْطٌ يخالفُ مقْتضاها.

والقِسْمُ الثاني: الهبةُ المطْلَقة، ويُنْظَر فيها، إنْ وهبَ الأعلَىٰ من الأدنى، فلا ثوابَ لَهُ، إذ لا يقتَضِيهِ اللفْظُ ولا العادَةُ، وإنْ كان بالعكس فقولان:

أحدهما: أنه لا يلزمُ الثَّواب أيْضاً، وبه قال أبو حنيفة وأحمد ـ رضي الله عنهما ـ لأنَّه لو أعارَ دَاراً لا يلْزَمُ المستعير شَيْءٌ، فكذلك إذا وهَبَ؛ إلحاقاً للأعيان بالمنافع.

والثاني: وبه قالَ مالكٌ: يلزَمُهُ؛ لاطِّراد العَادَةِ به.

وقد رُوِيَ عن عُمَرَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أَنَّهُ قال: مَنْ وَهَبَ هِبةً يرْجُو ثوابَها، فهو ردٌّ على صاحِبِهَا ما لَمْ يَثْبُتْ منها(٢) ولا بدَّ الآن من معرفة أمرَيْن:

---

(١) قال النووي: لا يصح الرجوع إلا منجَّزاً. فلو قال: إذا جاء رأس الشهر، فقد رجعت، لم يصح. قال المتولي: لأن الفسوخ لا تقبل التعليق.

(٢) رواه مالك عن داود بن الحصين عن أبي غطفان بن طريف أن عمر قاله وقال الحافظ في التلخيص وأتم منه، ورواه البيهقي (٦/ ١٨١) من حديث ابن وهب عن حنظلة عن سالم بن عبد الله عن عمر نحوه، قال: ورواه عبيد الله بن موسى عن حنظلة مرفوعاً، قال الحافظ في التلخيص وهو وهم، قلت: صححه الحاكم وابن حزم، قال: وقيل: عن عبيد الله بن موسى، عن إبراهيم بن إسماعيل بن مجمع عن عمرو بن دينار عن أبي هريرة مرفوعاً: الواهب أحق بهبته ما لم يثب=

أحدهما: أنَّ عامَّة الأصْحَاب رجَّحوا القولَ الأوَّل، لكنَّ الشيخَ أبَا محمد والقاضِيَ الرُّويانِيُّ حَكَما بأنَّ الثَّاني أصحُّ.

والثاني: أنَّ القَوْلَ الأوَّلَ يَشْتَهِرُ بالجديد، والثَّاني بالقَديم، لكنَّ الثَّانِيَ مرويٌّ عن «كتاب التَّفْلِيس» من الجديد، كما هو محكيٌّ عن القديم، وفي اختلاف العراقِيِّين ذكر القولَيْن جميعاً، فإذا هما مذكوران في الجديد، إلا أنَّه لم ينقل عن القديم سوَى الثاني، فشَهِرَ بالقديم، ومقابِلُهُ الجديد.

التفريع: إذا أوجبنا الثواب ففي قدره أربعة أوجه:

أحدهَا: ما يَرْضَىٰ به الواهبُ؛ لما رُوِيَ أنَّ أعرابيّاً وَهَبَ للنَّبِيِّ ﷺ نَاقَةً، فَأَثَابَهُ عَلَيْهَا، وقال: أَرَضَيْتَ؟ قَالَ: لاَ، فَزَادَهُ، وقَالَ: أَرَضِيْتَ؟ قال: نَعَمْ. فقال النَّبِيُّ ﷺ: «لَقَدْ هَمَمْتُ أَلاَّ أتَّهِبَ إلاَّ مِنْ قُرَشِيٍّ أَوْ أَنْصَارِيٍّ أَوْ ثَقَفِيٍّ»[1].

وأرجها علىٰ ما ذكره الإمامُ والقاضِي الرّويانيُّ ـ أنَّه قَدْرُ قيمةِ المَوْهُوب؛ لأنَّه عَقْدٌ يقتضي العِوَضَ، ولا يُشْتَرطُ فيه التَّعْيينُ والتَّسْمية، فإذا لم يسمِّ شيئاً، وجَبَ عوض المثل؛ كالنكاح، وبهذا قال مالكٌ.

والثالث: ما يُعَدُّ ثواباً لِمِثْلِه في العادَة؛ لأنَّ أصْل الثَّواب مأخوذٌ من العادة، فكذلِكَ قَدْرُه.

والرابع: أنه يكفي أقلُّ ما يُتموَّل؛ لوقُوع اسْمِ الثواب عليه، وبعْضُهم يجعل هذه الأوْجُهَ أقوالاً مخرَّجة.

وفي شرْح القاضي ابن كج أنَّ الأوَّل والثالِثَ قولان منصُوصَان، ولا يتعيَّن للثوابِ جنْسٌ من الأموال، بل الخِيَرَةُ فيه إلى المُتَّهِبْ.

وإذا فرَّعنا علىٰ تقدير الثَّواب بقَدْر القيمة، فلَوِ اختلف قَدْرُ القيمة، فعَنْ صاحب «التقريب» وجْهان في أنَّ الاعتبار بقيمةِ يَوْم القَبض أمْ بيَوْم بَذْل الثواب؟ والأظْهرُ الأوَّل،

= منها، قلت: رواه ابن ماجه من هذا الوجه، وقال الحافظ في التلخيص والمحفوظ عن عمرو بن دينار عن سالم عن أبيه عن عمر، قال البخاري: هذا أصح، ورواه الدارقطني من هذا الوجه، ورواه الحاكم من حديث الحسن عن سمرة مرفوعاً: «إذا كانت الهبة الذي رحم محرم لم يرجع ورواه الدارقطني من حديث ابن عباس وقال الحافظ في التلخيص: وسنده ضعيف.

(١) رواه أحمد (٢٦٨٧) وابن حبان (١١٤٦ موارد) في صحيحه من حديث ابن عباس، وأبو داود (٣٥٣٧) والنسائي (٦/ ٢٧٩ ـ ٢٨٠) عن أبي هريرة بالمتن دون القصة، وطوله الترمذي (٣٩٤٠) وقال الحافظ في التلخيص ورواه من وجه آخر وبين أن الثواب كان ست بكرات وكذا رواه الحاكم (٢/ ٦٢ ـ ٦٣) وصححه على شرط مسلم ورواه البخاري في الأدب المفرد (٥٩٦) والبيهقي (٦/ ١٨٠).

ثم المتهب، إن أثاب بما يصلح ثواباً، فذَاكَ، وإلاَّ، فللواهب الرجُوع، إن بقي الموهوبُ بحاله[١]، وإن زاد زيادةً متصلةً، رجَع فيه مع الزِّيادة.

وفي «أمالي السَّرْخَسِيِّ» وَجْهٌ آخر: أنَّ للمتَّهِب أنْ يُمْسِكَه ويَبْذُلَ قيمته دون الزِّيَادة، وإنْ زاد زيادةً منفصلةً، رجع فيه دُون الزِّيادة.

وإن كان الموهوب تالِفاً، فوجهان، ويقالُ: قولان منصُوصان في القَدِيم:

أصحُهُمَا: أنَّهُ يرْجع بقيمته؛ لأنَّه مملوكٌ بعوَضٍ، فإذا تَلِفَ، كان مضموناً كالبَيْع.

والثاني: لا يَرْجِعُ بشَيْءٍ؛ كالأب في هبة ولَده.

وإنْ كان ناقصاً، رجَع إليه، وفي تغريمه المتهب أرْشَ النُّقْصان، الوجهان.

وقيل: له أن يترك العَيْن ويُطَالِبَ بكمال القيمة[٢].

ولو وهبَ النَّظِيرُ مِنَ النَّظِير، فطريقان:

أحدُهَما: التخريج على القولَين السابقَيْن؛ لأنَّ الأقران لا يتحمَّل بعضهم من بعض في العادة، بل يعوّضون.

وأظهرُهُما: القَطْع بنَفْي الثواب؛ لأنَّ القَصْدَ من مثله الصِّلة، وتأكيد الصداقة، وقد حَصَلَ هذا الغَرَضُ، فأشبه الصدقة لما كان الغَرَض منها ثواب الآخرة، لم يقْتَض ثواباً في الحال. وعن صاحب «التقريب» تخريجُ القولَيْن في هبة الأعْلَىٰ من الأدنَىٰ أيضاً[٣]، فيجوز أن يُعَلَّمَ لذلك قولُهُ في الكتاب: «إن كانت من الكبير إلى الصغير، لم يقْتَضِ ثواباً» بالواو.

وقوله: «من الكبير» يعْني إنْ كانتْ صادِرةً من الكبير لا ما تُرِيد بقولك: وهبتُ مِنْ زَيْدٍ، وكذا قوله: «إلى الكَبِيرِ من الصغير».

وقوله «وكذا إنْ كانت منَ النَّظير» يصحُّ حمله على المَعْنَيَيْنِ.

---

(١) قال النووي: قال أصحابنا: ولا يجبر المتهب على الثواب قطعاً.

(٢) قال النووي: وإن كانت جارية قد وطئها المتهب، رجع الواهب فيها، ولا مهر على المتهب، لأنه وطيء ملكه.

(٣) قال النووي: وحكى صاحب «الإبانة» و«البيان» وجهاً أنه إذا وهب لنظيره ونوى الثواب استحقه، وإلا، فقولان. فإن اختلفا في النيّة، فأيُّهما يقبل قوله؟ وجهان. والمذهب: أنه لا يجب الثواب في جميع الصور. قال المتولي: إذا لم يجب فأعطاه المتهب ثواباً، كان ذلك ابتداء هبة. حتى لو وهب لابنه فأعطاه الابن ثوباً لا ينقطع حق الرجوع ولا يجب في الصدقة ثواب بكل حال قطعاً صرح به البغوي وغيره، وهو ظاهر وأما الهدية فالظاهر أنها كالهبة.

وقوله: «لا ثواب» يجوزُ أنْ يُعْلم بالميم. وقوله: «يلزمه» بالحاء والميم والألف.

وقول وقيل: «ما يَزِيدُ على القيمة ولو بقليل» هذا الوجْهُ لم أرَ روايتَهُ بهذه العبارة لغَيْر صاحب الكتابِ، ولا لَهُ إلاَّ في هذا الكِتَابِ، والمرويُّ مكانه أنَّ الثوابَ ما يُعَدُّ ثواباً لمثْلِه في العَادَة، ويُشْبِه أن يكونَ هو الذي أرادَهُ، وذهب إلى أنَّ العادةَ تقْتَضِي زيادةَ علَىٰ قدْر القيمة، فإنَّ المهدي لو رَضِيَ به، لبَاعَهُ في السُّوق، ويجوزُ إعْلاَمُ هذا الوجْه الأوَّل بالميم، والله أعلم بالصواب.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **أَمَّا إِذَا صَرَّحَ بِشَرْطِ الثَّوَابِ فَإِنْ عَيَّنَهُ فَهُوَ بَيْعٌ وَيَثْبُتُ فِيهِ أَحْكَامُ البَيْعِ (و)، وَلَكِنْ عِنْدَ العَقْدِ أَوْ عِنْدَ القَبْض قَوْلاَنِ، وَقِيلَ: لاَ يَنْعَقِدُ لِتَنَاقُضِ اللَّفْظِ، وَإِنْ كَانَ مَجْهُولاً، فَإِنْ قُلْنَا: المُطْلَقُ لاَ يَقْتَضِيهِ بِحَالٍ فَهُوَ فَاسِدٌ، وَإِنْ قُلْنَا: يَقْتَضِيه فَقِيلَ: إِنَّ هَذَا كَالمُطْلَقِ، وَقِيلَ: إِنَّ التَّصْرِيحَ بِالثَّوابِ يَجْعَلُهُ بَيْعاً فَيَفْسُدُ بِالجَهْلِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: **القِسْمُ الثالث**: الهبةُ المقيَّدة بإثباتِ الثَّواب، ولا يخلُو الحَالُ؛ إمَّا أنْ يكون معلُوماً، أو لا يكون.

الحَالةُ الأُولَىٰ: إذا كان معلُوماً، ففيه قولان:

أصحُّهُمَا: صحَّةُ العقْد؛ أمَّا إذا قلنا إنَّ مطلَق الهبَةِ لا يقتضي الثَّوَاب؛ فلأنَّه معاوضةُ مالٍ بمالٍ؛ كالبيع، وأمَّا إذا قلْنا: يقتضيه؛ فلأنَّه إذا صحَّ العقد، والعوض الواجب مجهول، فأولَىٰ أن يصحَّ، وهو معلومٌ.

والثَّاني: أنه باطل، أمَّا إذا اَقتضَتِ الهبةَ لثوابَ؛ فلأنَّ مقتضاها ثوابٌ غيْرُ معلوم، ولا معيَّن بشرط المعْلُوم، والمعيَّن يخالفُهُ، وأمَّا إذا لم يقتضها؛ فلأنَّ شرْطَ العِوَضِ يخالف مقتضاها، ولأنَّ لفظ الهبةِ يَقْتَضِي التبرُّع، فالجَمْع بَيْنَهُ وبيْنَ شَرْط العوض مُخِلٌّ به.

والقول الثَّاني: هو الذي أراده صاحِبُ الكتاب بقوله: «وقِيلَ: لاَ يَنْعَقِدُ؛ لتناقُضِ اللفظ». وإذا قلْنا بالصحَّة، فالظاهر أنَّه بيْعٌ؛ اَعتباراً بالمعنى، وهذا هو المذكور في الكِتَابِ، وبه قطع القاضي أبو حامد فيما حكاه اَبْنُ كجٍّ عنه سماعاً وفيه وَجْهٌ آخر أنَّه هبةٌ؛ اَعتباراً باللَّفظ. فإن قلْنا: بهذا لم يثبت فيه الخيارُ والشفعة ولم يلْزَمْ قبل القبض، وإن قلْنا بالأوَّلْ تثبت هذه الأحكَامُ، وذكروا قولَيْن في أنَّها تثبت عَقِيبَ العَقْد، أو عَقِيبَ القَبْض، وأولهما أظهرُهما، والمرجِعُ بهما إلى التردُّد في كوْنِه بَيْعاً أو هبة.

ولو وهَبَ منه حُلِيّاً بشَرْط الثَّواب أو مُطْلَقاً، وقلْنا: الهبةُ تقْتَضي الثَّوابَ، فالحكايةُ عن نَصِّه في حرملة أنه إنْ أثابَهُ قبْل التفرق بجنسه واَعْتبرتِ المماثلة، وإن أثابَهُ بَعْد التفرق بعرضٍ، صحَّ، وبالنقدِ، لا يصحُّ؛ لأنَّه صَرْفٌ، وهذا مبنيٌّ علَىٰ أنَّ هذا

العقْدَ بيعٌ. وفي «التتمة» أنه لا بأسَ بشَيْءٍ من ذلك؛ لأنَّا لم نلْحقه بالمعاوَضَاتِ في اشتراط العِلْم بالعِوَض، فكذلك في سائِرِ الشَّرائط، وهذا يُخَرَّج على قولنا: إنَّهُ هبةٌ.

والإمام ـ قدس الله روحه ـ حكَى الأوَّل عنِ الأصحاب؛ نقْلاً، وأبدَى الثَّاني احتمالاً، ووَجَّهَهُ بأنَّ باذل الثوابِ في حُكْم واهبٍ جَدِيدٍ، وكأنه يقابلُ هبة بهبة، ثم زيَّفه بأنَّا لا نشترط في الثَّواب لفْظَ العَقْد إيجاباً وقبُولاً، ولو كانتْ هبة محددة لاشترط، وخرّج على الوجهَيْن ما إذا وهَب الأبُ من ابنه بثوابٍ مَعْلومٍ، فإنْ جعلْنا العقد بيعاً، فلا رُجُوعَ له، وإلاَّ، فله الرجوعُ.

وإذا وجد بالثوْب عيْباً، وهو في الذمَّة، طالب بسليم، وإنْ كان معيّناً، رجَع إلىٰ عَيْن الموهُوب، إن كَانَ باقياً، وإلاَّ طالب بقيمته، واستبعدَ الإمامُ مَجِيء الخلافِ في أنَّهُ بيعٌ أو هبةٌ ههنا، حتى لا يَرْجِعَ على التقدير الثاني، وإنْ طرد بعْضهم، وإذا جعلْنَاه هبةً، فكافأه بما دُون المشرُوط، إلاَّ أنَّه قريبٌ منه، ففي شرْح القاضي ابن كجٍّ وجهان في أنَّه، هلْ يُجْبَرُ على القَبُول؛ لأنَّ العادةَ فيه المسامحةُ؟[1].

الحالُ الثانيةُ: إذا كان الثَّوابُ مجهولاً، فإنْ قُلْنا: الهبةُ لا تقْتَضِي الثَّوابَ بَطَلَ العَقْدُ؛ لتعذُّر تصحيحه بَيْعاً وهبةً.

وإن قلْنا: إنَّها تقتضِيه، صحَّ، وليْسَ فيه إلاَّ التصريحُ بمقتضىَ العَقْد، هذا ما أورده الأكْثَرُون، وحَكَى صَاحِبُ الكتاب وجْهاً آخر؛ أنَّهُ يَبْطُل؛ بناءً على أنَّ ذكْر العوض يلحقه بالبَيْع[2]، وإذا كان بَيْعاً، وجب أنْ يكون العِوَضُ معْلُوماً.

---

(١) قال النووي: والأصح أو الصحيح: لا يجبر.

(٢) فيه أمران:
أحدهما: قضية التعليل اختصاص ذلك بما إذا كانت الهبة من الأعلى أو المساوي، فإن كان الواهب أعلى من الموهوب له لا يصح. قال ابن الرفعة: ولم أر من تعرض له ولعلهم تركوه لخروجه.
الثاني: أن الغزالي لم ينفرد بالوجه، فقد قال في البحر تفريعاً على انتفاء الثواب، ولو شرط الثواب على هذا القول، فإن كان مجهولاً جاز قولاً واحداً والحكم فيه كما لو أطلق لأنه شرط ما هو مقتضى العقد.
وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قولان والصحيح أنه لا يجوز لأنه يصير كالبيع بثمن مجهول. وهذا غلط. انتهى.
فحصل طريقان أصحهما القطع بالبطلان، وفيما قاله نظر في الاستذكار للدارمي؛ فإن قيل يقتضي الثواب فشرطه معلوماً صح، وإن شرطه مجهولاً قال القاضي أبو حامد عن القديم: يجوز، وقيل: لا يجوز حكاه أبو ثور، وقال ابن كج في التجريد: إن كان عوضاً مجهولاً وقلنا: لا يقتضي الثواب، ففي الصحة قولان. قال عن القفال في التقريب الذي أجاب به=

والأوَّلُون يقولون: إنَّما يُجْعَل بيعاً علَىٰ رأيٍ، إذا تعذَّر جعلُه هبةً، وذلك إذا قلْنا: إنَّ الهبةَ لا تَقْتَضِي الثَّوابَ.

أمَّا إذا قلْنا: «يقتضيه، فاللفظ والمَعْنَىٰ متطابقان، فلا معنًى لجعله بَيْعاً.

وحكَى القاضِي ابن كجٍّ عنْ نصِّه أنَّه، لو وهَبَ من اثنين بشرْط الثواب، فأتىٰ به أحدُهما دون الآخر، لم يرجع في حصَّة من أثاب، وأنَّه لو أثاب أحدَهما عنْ نَفْسه، وعنْ، صاحبه، ورضِيَ به الواهبُ، لم يرجع على واحدٍ منهما، ثم إنْ أثاب بغير إذْنِ الشريك لم يرجع عَلَيْه، وإن أثاب بإذْنه، رَجَعَ بالنِّصْف هذا إذا كان الثوابُ ممَّا يُعْتَادُ ثواباً لِمِثْلِهِ، فإنْ زاد، فهو متطوع بالزيادة.

ولو خرج الموهوب مستحقّاً بعد الثَّواب، رجع بما أثاب على الواهب، وإن خرج بعْضه مستحقّاً، فهو بالخيار بيْن أنْ يَرْجِعَ على الواهب بِقِسْطِهِ منَ الثَّواب، وبين أنْ يردَّ الباقِي، ويرْجِعَ بجميع الثواب، وقِيل: يبطلُ الهبةُ في الكُلِّ، كما في نظيره من البَيْع.

وقال القاضي أبو حامد: لا يجيْء قوْلُ الإبْطال في الهِبَة.

ولو قال الواهِبُ: وهبتُ منكَ ببذل، وقال المتَّهب: وهبت بلا بَدَلٍ.

والتفريعُ علَىٰ أنَّ مطْلَق الهبة لا يقتضي ثواباً، فالمصدَّق الواهب؛ لأنَّه لم يعترف بزوالِ مِلْكِهِ إلاَّ ببَدَلٍ أو المتَّهب؛ لأنهما توافَقَا علَىٰ أنَّه ملْكُهُ والأصل أنْ لا عِوَض؟ فيه وجهانُ بالأول أجاب القاضي ابْنُ كج[1].

ونختم الكتاب بفُرُوع متعددة حامِدِينَ الله تعالىٰ:

لو دفَعَ إلَيْهِ دِرْهماً، وقال: خذْهُ وادْخُلْ به الحَمَّام، أو دَرَاهِمَ، وقال: اشْتَرِيهَا لِنَفْسِكَ عَمَامَةَ. في «فتاوى القفال» أنَّه، إنْ قال ذلك علَىٰ سبيل البسط المعتاد، مِلْكَهُ وتصرَّف فيه، كيف شاء، وإن كان غَرَضُه تحْصِيلَ ما عيَّنه لما رأىٰ به من الوسخ والشعث، أو لِعِلْمِهِ بأنه مكْشُوفُ الرأس، لم يَجُزْ صرفُه إلَىٰ غيْر ما عيَّنه.

وَسُئِلَ الشَّيْخُ أبو زَيْد عن رجُلٍ مات أبوه، فبَعَثَ إلَيْه إنسانٌ ثَوْباً ليكفنه فيه، هلْ يملكه حتَّى يُمْسِكَهُ ويُكَفِّنَهُ في غيره؟ فقال: إنْ كان الميِّتُ ممن يتبرك بتكْفِينِهِ لفقه أو

= الشافعي في كتاب الشفعة يدل على إجازته الهبة، وإن كان الثواب المشترط غير معلوم، وكذلك جعل للشفيع الشفعة يوم الثواب لا يوم الهبة، وذكر في كتاب ابن أبي ليلى مؤولاً أنها باطلة. وقد حكاه أبو ثور فقال: قال أبو عبد الله، وإذا وهب على عوض شيئاً ورضي به فذاك وإلا ردها ورد ما يبيعها. قاله في الخادم.

(١) قال النووي: الثاني أصح، وقد صححه الروياني في البحر والفارقي فوائد المهذب وهو قضية كلام الجرجاني في التحرير.

ورع فَلاَ، ولو كَفَّنه في غَيْره، وجَب ردُّه إِلَىٰ مالكه ولو بعَثَ إِلَيْه هديَّةً في ظَرْفٍ، والعادةُ في مثْلِها ردُ الظَّرْف، لم يكن هديَّةً، وإن كانتِ العادةُ ألاَّ يردُّ؛ كقواصر التَّمْر، فهو هديةٌ أيضاً، وقد تميز القسمان بكونه مشْدُوداً فيه، أو غيْرَ مشْدودٍ، وإذا لم يكُنْ الظَّرْف هديةً، كان أمانةً في يد المُهْدَىٰ إليه، وليْسَ له استعمالُهُ في غَيْر الهديَّة وإمَّا فيها، فإنِ اقتضتِ العادةُ التَّفْريغَ، لزمه تفريغه، وإنِ اقتضَتِ التنازل منْه، جاز التنازُلُ منه. قال صَاحِبُ «التهذيب»: ويكونُ كالمستعارِ.

وإذا نفذ كتاباً إِلَىٰ حاضرٍ أو غائبٍ؛ وكتَبَ فيه أن اكْتُبِ الجوابَ علَىٰ ظَهْرِهِ، فعلَيْه ردُّه، ولَيْسَ له التصرُّفُ فيه، وإلاَّ، فَهُوَ هديّة يملكُها المكتوبُ إِلَيْه هكذا قاله في «التتمة» وذكر غيرُهُ أنَّه يبقَىٰ على مِلْكِ الكاتِبِ، وللمكتوبِ إِلَيْه الانتفاعُ به علىٰ سبيل الإباحَةِ. وهبةُ منافعِ الدَّارِ، هلْ هِيَ إعارةٌ لها؟ فيه وجهان في «الجُرجانيات» ولا يحْصُلُ الملكُ بالقَبْض في الهبة الفاسِدَة؛ خلافاً لأبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ والمال المقبوضُ مضمونٌ على المُتَّهِبِ، كالمَقْبوض بالبَيْع الفَاسِد، أو غير مضمون كالمقبوضِ في الهِبة الصحيحة؟ وجهان، ويقال: قولان[1]، والله أعْلَمُ.

---

(١) قال النووي: أصحهما: لا ضمان، وهو المقطوع به في «النهاية» و«العدة» و«البحر» و«البيان»، ذكروه في باب التيمم، قال المتولي: وإذا حكمنا بفساد الهبة، فسلَّم المال بعد ذلك هبة، فإن كان يعتقد فساد الأولى، صحت الثانية، وإلا، فوجهان بناء على من باع مال أبيه على أنه حي فكان ميتاً.

وهذه مسائل متعلقة بالكتاب:

إحداها: قال لرجل كسوتك هذا الثوب، ثم قال: لم أرِد الهبة، قال صاحب «العدة»: يقبل قوله، فخلافاً لأبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ، لأنه يصلح للعاريّة، فلا يكون صريحاً في الهبة.

الثانية: قال: منحتك هذه الدار، أو الثوب، فقال: قبلت وأقبضه، فهو هبة، قاله في «العدة».

الثالثة: في فتاوى الغزالي: لو كان في يد ابن الميت عين، فقال: وهبنيها.

أبي وأقبضنيها في الصحة، فأقام باقي الورثة بينة بأن الأب رجع فيما وهب لابنه، ولم تذكر البينة ما رجع فيه، لا تنتزع من يده بهذه البينة، لاحتمال أن هذه العين ليست من المرجوع فيه. ويقرب من هذا، لو وهب وأقبض ومات، فادعى الوارث كون ذلك في المرض، وادعى المتهب كونه في الصحة، فالمختار أن القول قول المتهب.

الرابعة: دفع إليه ثوباً بنية الصدقة، فأخذه المدفوع إليه ظانّاً أنه وديعة أو عارية، فرده على الدافع، لا يحلُّ للدافع قبضه، لأنه زال ملكه، فإن الاعتبار بنية الدافع. فإن قبضه، لزمه رده إلى المدفوع إليه، ذكره القاضي حسين.

الخامسة: برُّ الوالدين مأمور به، وعقوق كل واحد منهما محرم معدود من الكبائر بنص الحديث الصحيح، وصلة الرحم مأمور بها، فأما برهما، فهو الإحسان إليهما، وفعل الجميل معهما، وفعل ما يسرُّهما من الطاعات لله تعالى وغيرها مما ليس بمنهي عنه، ويدخل فيه=

كِتَابُ اللُّقَطَةِ، وَفِيهِ بَابَانِ

البَابُ الأَوَّلُ فِي أَرْكَانِهَا

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَهِيَ ٱلٱلْتِقَاطُ والمُلْتَقِطُ وَاللُّقطة أَمَّا ٱلٱلْتِقَاطُ فَهُوَ عِبَارَةٌ عَنْ أَخْذِ مَالٍ ضَائِعٍ لِيُعَرِّفَهُ المُلْتَقِطُ سَنَةً ثُمَّ يَتَمَلَّكَهُ إِنْ لَمْ يَظْهَرْ مَالِكُهُ بِشَرْطِ الضَّمَانِ إِذَا ظَهَرَ، وَالأَظْهَرُ أَنَّهُ لَيْسَ بِوَاجِبٍ وَلَكِنَّهُ إِنْ وَثِقَ بِأَمَانَةِ نَفْسِهِ فَمُسْتَحَبٌّ (م)، وَإِنْ عَلِمَ الخِيَانَةَ فَمُحَرَّمٌ، وَإِنْ خَافَ الخِيَانَةَ فَفِي الْجَوَازِ خِلاَفٌ، كَمَا فِي تَقَلُّدِ القَضَاءِ مِمَّنْ يَخَافُ الْخِيَانَةَ، وَقَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنِ ٱلتَقَطَ لُقَطَةً فَلْيُشْهِدْ عَلَيْهَا»، فَٱحْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ بِطَرِيقِ الإِرْشَادِ، وَٱحْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ إِيجَاباً فَفِيهِ خِلاَفٌ (و)، ثُمَّ أَشْهَدَ فَلْيُعَرِّفِ الشُّهُودُ بَعضِ (و) أَوْصَافِ اللُّقَطَةِ لِيَكُونَ فِي الإِشْهَادِ فَائِدَةٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عَنْ زيدِ بْنِ خالدِ الجُهَنِيِّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ قال: جَاءَ رَجُلٌ إِلَىٰ رسُولِ اللَّهِ ﷺ فَسَأَلَهُ عنِ اللُّقَطَةِ[1] ـ فَقَالَ: «اْعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا، ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً،

= الإحسان إلى صديقهما، ففي «صحيح مسلم» أن رسول الله ﷺ قال: إن من أبرّ البرّ، أن يصل الرجل أهل ودّ أبيه. وأما العقوق، فهو كل ما أتى به الولد مما يتأذى به الوالد أو نحوه تأذياً ليس بالهيِّن، مع أنه ليس بواجب. وقيل: تجب طاعتهما في كل ما ليس بحرام، فتجب طاعتهما في الشهبات. وقد حكى الغزالي هذا في «الإحياء» عن كثير من العلماء، أو أكثرهم. وأما صلة الرحم، ففعلك مع قريبك ما تعدُّ به وأصلاً غير منافر ومقاطع له، ويحصل ذلك تارة بالمال، وتارة بقضاء حاجته أو خدمته أو زيارته. وفي حق الغائب بنحو هذا، وبالمكاتبة وإرسال السلام عليه ونحو ذلك.

السادسة: الوفاء بالوعد، مستحب استحباباً متأكداً، ويكره إخلافه كراهة شديدة، ودلائله من الكتاب والسنة معلومة، وقد ذكرت في كتاب «الأذكار» فيه باباً، وبينت فيه اختلاف العلماء في وجوبه.

(١) اللقطة لغة: اسم لما يلقط، وفيها أربع لغات، نظمها شيخنا أبو عبد الله ابن مالك فقال:

لُقَاطَةٌ، ولُقْطَةٌ، ولُقَطَه … ولَقَطٌ مَا لاَقِطٌ قَدْ لَقَطَه

فالثلاث الأول بضم اللام، والرابعة بفتح اللام والقاف وروي عن الخليل: واللقطة، بضم اللام وفتح القاف: الكثير الالتقاط، وبسكون القاف: ما يلتقط، وقال أبو منصور: وهو قياس اللغة، لأن فعلة بفتح العين أكثر ما جاء فاعل، وبسكونها مفعول كَضُحَكَة للكثير الضحك، وضُحْكَة=

فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُها، وإِلاَّ فَشَأْنَكَ بِهَا»، قَالَ: فَضَالَّةُ الْغَنَمِ؟ قال: هِيَ لَكَ، أَوْ لِأَخِيكَ، أَوْ لِلذِّئْبِ، قَالَ: فَضَالَّةُ الإِبِلِ؟ قَالَ: مَا لَكَ وَلَهَا مَعَهَا سِقَاؤُهَا وَحِذَاؤُهَا تَرِدُ الْمَاءَ، وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّىٰ يَلْقَاهَا رَبُّهَا[١].

وفي الباب أحاديثُ أُخرَ نأتي ببعضها في الأثناء.

أمَّا اللُّقطُ المترجم به البابُ فإنَّ الأَزْهَرِيَّ[٢] حَكَىٰ في «شرح حروف المُخْتَصِر» عن اللَّيْثِ عَنِ الخَلِيلِ أنَّ اللُّقَطَةَ بَتَحْرِيكِ القَافِ: الذي يَلْقُطُ، واللُّقْطَة بالتَّسْكِين: الشَّيْءُ المَلْقُوط، قال: وهذا هو القياسُ إلاَّ أنَّ الرُّواةَ أَجْمَعُوا على أن التَّحْرِيكَ فِي حديث زَيْدِ بْنِ خَالدٍ ـ رَضِيَ اللَّه عَنْه ـ وكذلك رَوَاهُ أبو عُبَيْدٍ عَنِ الأَحْمَرِ، وبه قال: الفَرَّاءُ وابْنُ الأعْرَابِيِّ والأَصْمَعِيُّ وغَيْرُهُم، ثم قال: وهو الصحيحُ، فإذن المالُ المَلْقُوطُ لُقَطَةٌ بِالاتِّفاق، وفي تسمِيَتِهِ لُقَطَةً بالتَّحْريك اختلافٌ. وَعَدَّ ابْنُ السِّكِّيتِ في الإِصْلاح[٣] اللُّقَطَةَ من الأسماء التي على فُعَلَةٌ وفُعَلَة، واللَّقَط واللُّقَاطُ أيضاً الشَّيْءُ المَلْقُوطُ، ثم جَعَلَ حُجَّةُ الإسلام ـ رحمه الله الكتاب في بابَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: في الأَرْكَانِ، وهي الالْتِقَاطُ وَالمُلْتَقِط واللُّقَطَةُ.

أمَّا الالْتِقَاطُ: فمعناه مشهورٌ في اللُّغَة.

= لمن يضحك منه. انظر: المغرب: ٢/ ١٧٠، القاموس المحيط: ٢/ ٢٩٧ واصطلاحاً:
عرفها الحنفية بأنها: أمانة إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها وهي الشيء الذي يجده ملقى ليأخذه أمانة. واللقطة مال معصوم عرض للضياع.
عرفها الشافعية بأنها: مال أو اختصاص محترم ضاع بنحو غفلة بمحل غير مملوك لم يحرز ولا عرف الواحد مستحقه ولا امتنع بقوته.
عرفها المالكية بأنها: مال معصوم عرض للضياع وإن كلباً أو فرساً.
عرفها الحنابلة بأنها: المال الضائع من ربه يلتقطه غيره.
انظر: شرح فتح القدير: ٦/ ١١٨، حاشية بن عابدين: ٣/ ٣٤٨، تبيين الحقائق: ٣/ ٣٠١، نهاية المحتاج: ٥/ ٤٢٦، مغني المحتاج: ٢/ ٤٠٦، الشرقاوي على التحرير: ٢/ ١٣٥، جواهر الأكليل: ٢/ ٢١٧، حاشية الدسوقي: ٤/ ١١٧، الشرح الصغير: ٣/ ٣٥٠، المغني لابن قدامة: ٥/ ٦٦٣، كشف القناع: ٤/ ٢٠٨ ـ ٢٠٩.

(١) مالك في الموطإ والشافعي عنه من طريقه، وهو متفق عليه من طرق بألفاظ والسائل قيل هو ابن خالد الراوي، وقيل بلال، وقيل عمير والد مالك، قلت: وقيل وسيد الجهني والد عقبة.
قال الأزهري: أجمع الرواة على تحريك القاف من اللقطة في هذا الحديث، وإن كان القياس التسكين.

(٢) ينظر: تهذيب اللغة ١٦/ ٢٤٩.

(٣) ينظر: تهذيب إصلاح المنطق ص٨٧٩ (١٠٩).

وقولُهُ في الكتاب: «أمَّا الالتقاط، فهو عبارةٌ عن أخْذِ مالٍ ضَائعٍ؛ ليُعَرِّفَهُ المُلْتَقِطُ سَنَةً، ثم يَتَمَلَّكَهُ، إنْ لم يَظْهَرْ مالِكُهُ بشَرْطِ الضَّمَان، إذا ظَهَرَ» إشارةٌ إِلَىٰ معناه الشرعيِّ الذي يَقْصِدُهُ الفقيهُ، لكنَّه قدْ لا يُسْتَحْسَنُ ذلك؛ لأن الأَشْبَهَ أنْ يُقَالَ: ليس للالتقاط معنًى شرعيٌّ، بلِ هو مقرَّرٌ على حَقِيقته، لكنَّ الفَقِيهَ يتكلَّمُ في الالتقاطِ خاصٌّ، وأيضاً؛ فلأنَّهُ أخَذَ المُلْتَقِطُ في تفسير الالتقاط، وأيْضاً، فلأنَّه أخَذَ التعريفَ أو قَصَدَ التعريفَ في التفسير، وذلك لاَ يلائم عدَّه التعريف في الباب الثاني منْ أحكام ٱلاَلْتقاطِ، وكذا القولُ في التملُّك، وفي الضَّمان عند ظُهور المَالِكِ، وفقْهُ الفَصْل مسألتان:

الأُولَىٰ: قال الشَّافِعِيُّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ في «المختصر»: ولا أُحِبُّ لأحدٍ تَرْكَ لُقَطَةٍ وَجَدَهَا، إِذَا كَانَ أَمِيناً. وقال في «كتاب اللُّقطَة الصغير» من «الأُمِّ»: «ولا يَحِلُّ تَرْكُ اللُّقَطَةِ لِمَنْ وَجَدَهَا إذَا كَانَ أَمِيناً علَيْهَا» وللأصحاب فيها طريقان:

قال الأكْثَرُونَ: المسألة على قولَيْن: أحَدُهما: وُجُوبُ ٱلاَلْتقاط؛ لأنَّه حُرْمَة مالِ المُسْلِمِ كحرمةِ دَمِهِ، فيجبُ صَوْنُهُ من الضَّياع.

وأصحُّهُمَا: لا يَجِبُ، كما لا يجبُ قَبُولُ الوديعة، إذا عُرِضَتْ عليه.

وعن ٱبْنِ سُرَيْجٍ وأبي إسحاقَ حَمْلُ النَّصَّيْنِ علَىٰ حالَيْن، إن كانت في موضعٍ تغْلِبُ على الظنِّ ضياعُها بأن تكونَ في ممرِّ الفسَّاقِ والخونة، وجب الالتقاط، وإلاَّ، لَم يجبْ؛ لأنَّ غيرَه يأخُذُها ويحفَظُها. هذا ما رواه عامَّةُ الحملة.

وفي «النهاية» طَرِيقةٌ أخرىٰ: أنَّه إن كان لا يَثِقُ بِنَفْسِهِ، لَمْ يجبْ ٱلاَلْتِقاطُ علَيْهِ قوْلاً واحداً، والقولانِ فيمَنْ يَغْلِبُ على ظَنِّهِ أنَّه لاَ يخونُ.

وأخرَىٰ قاطعةٌ بنفي الوجُوبِ مطْلَقاً حاملةٌ للنصِّ الآخَرِ على تأكيد الأمْرِ به.

وإذا قلْنا بنفْي الوُجُوبِ، فإنْ وَثَقَ بِنَفْسِهِ، ففي الاستحباب وجهان:

أصحُّهُمَا: ثبوتُهُ. قال في «النهاية»: وإن لم يَثِقْ بِنَفْسِهِ، ولَيْسَ هو في الحالِ مِنَ الفَسَقَةِ، فلا يُسْتَحَبُّ له ٱلاَلْتقاطُ لا مَحَالةَ.

وحَكَىٰ عن شَيْخِه وجهين في الجواز:

أصحُّهُمَا: ثُبوتُهُ، وشبَّههما بالوجْهَيْن في أنَّ الصالح للقضاءِ، إذا لم يأْمَنْ علَىٰ نَفْسِهِ، هل يجوزُ له تقلُّدُ القَضَاءِ؟

وسواءٌ قلْنا بوجُوبِ الالتقاط، أو عَدَمِهِ، فلا تُضْمَن اللقطة بالتَّرْكِ، لأنَّها لم تَحْصُلْ في يَدِه. هذا حكم الأمِنِ.

أمَّا الفاسِقُ، فجَوابُ مُعْظَمِ الأصْحَابِ أنَّهُ يُكْرَه له الالتقاط؛ لأنَّه رُبَّما تدعوه نَفْسُه

إِلَىٰ كتمانِها، فإنْ فَعَلَ فسيأتي الكلامُ فيه. وقولُه في الكتاب: «وإنْ عَلِمَ الخيانةَ فمحرَّم»(١) يخالف ما أَطْلَقَه الأكثرون من الكراهة، ويوافقُ قوله في «الوسيط» أنَّ الفَاسِقَ لا يجوزُ له الأَخْذُ، وأنَّه قدَّر أنَّ قَوْلَهُ: «وإنْ عَلِمَ الخيانَةَ فيمَنْ هو أمينٌ في الحال، لكنَّهُ يعْلَمُ أنَّهُ لو أَخَذَ، لخَانَ وَفَسَق، فالحكمُ بالتَّحْرِيم أبْعَدُ. وقولُه قبله: «والأَصَحُّ أنَّه ليس بواجبٍ» يجوز أنْ يُعْلَمَ بالواو؛ إشارةً إِلَىٰ قَوْلِ مَنْ قطَع بنَفْيِ الوُجُوبِ، وقولُه: «فمستحبٌّ» بالميم والألف؛ لأنَّ الحكايةَ عن مالكٍ وأحمد ـ رحمهما الله ـ كراهة الالْتِقَاط. الثانيةُ: في وُجُوبِ الإشهاد على اللُّقَطَةِ وجْهان، ويُقَالُ: قولان:

أظْهَرُهُمَا: وبه قَالَ مالكٌ وأحْمَدُ ـ رحمهما الله ـ أنَّهُ لا يجِبُ كما لاَ يجبُ الإشْهَادُ على الوديعة، إذا قَبِلَهَا؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ لم يَأْمُرْ بِهِ فِي حَدِيثِ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عنه ـ. **والثاني**: وبه قال أبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ أنَّهُ يَجِبُ الإشْهَادُ؛ لما رُوِيَ عَنْ عِيَاضِ ٱبْنِ حِمادٍ ـ رضي الله عنه ـ أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال: «مَنِ ٱلْتَقَطَ لُقَطَةً، فَلْيُشْهِدْ عَلَيْهَا ذَا عَدْلٍ أَوْ ذَوَي عَدْلٍ»(٢). ومَنْ قَالَ بالأوَّل، حَمَلَه علَىٰ الاستحباب، ورُبَّما احتجَّ به للاستحباب مِنْ حيثُ إنَّه لو كان الإشهادُ واجباً، لمَا خيَّر بَيْنَ الوَاحِدِ والاثنين، ثم في كيفيَّة الإشهاد وجهان:

أحَدُهُمَا: يُشْهِدُ عَلَىٰ أصْلِهَا دُونَ صِفَاتِهَا؛ لِئَلاَّ ينتَشِرَ، فيتوسَّل بها الكاذِبُ، إنِ اكْتَفَيْنَا بالصِّفَة، وبمواطأَة الشُّهود، إنْ أَحوجْنَا إلى البينةِ، وهذا أَصَحُّ عندَ صَاحِبِ «التهذيب» ـ قال: ويجوزُ أنْ يَذْكُرَ جِنْسَهَا.

---

(١) وهو يقتضي تفرد الغزالي بالتحريم وليس كذلك بل هو ظاهر كلام جمع من العراقيين منهم سُليم في المجرد والشيخ نصر المقدسي في تهذيبه حيث قالوا: لم يكن له أخذها، وظاهر كلامهم أنه يصح التقاطه، ولكن الأخذ مع ذلك حرام، وحكى ابن الرفعة عن القاضي أبي الطيب أنها كراهة تنزيه، وفي ابن يونس التحريم. وقال القاضي حسين والفوراني: إن جواز أخذه مبني على أن أحكام اللقيط تثبت له أم لا؟ فإن قلنا تثبت له كره له الأخذ وإلا فلا يجوز له الأخذ، لكن سليم ـ من العراقيين ـ صرح بثبوت الأحكام مع أنه قائل بالتحريم، وحاول ابن الرفعة أخذه من النص قال: وكيف لا يصار إلى التحريم، وقد حكى الإمام وغيره وجهاً أن غير الخائن إذا كان لا يأمن الخيانة يحرم عليه الأخذ ولم يقيد ذلك بشيء ولا يرد عليه ما ذكره القاضي وغيره من تخريجه على ثبوت الأحكام لأنا نقول: قد يكون الفعل محرماً ويثبت الملك كما في المحرم يصطاد فحكم بالملك على وجه مع أنه حرام.

(٢) رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه وابن حبان به، وزيادة: ثم لا يكتم ولا يغيب، فإن جاء صاحبها فهو أحق بها، وإلا فهو مال الله يؤتيه من يشاء، ولفظ البيهقي: ثم لا يكتم وليعرف، ورواه الطبراني وله طرق، وقال الحافظ في التخليص: وفي الباب عن مالك بن عمير عن أبيه أخرجه أبو موسى المديني في الذيل.

والثاني: أنه يُشهِدَ عَلَىٰ صِفَاتِها أيضاً، حتى لو مات لاَ يَمْلِكْها الوارثُ، ويَشهِدَ الشُّهُود لِلْمَالِك، وأشارَ الإمامُ إلى توسُّطٍ بيْن الوجهَيْن؛ وهو أنَّهُ لاَ يستوعبُ الصِّفَاتِ، ولكنْ يَذْكُرُ بعْضها؛ ليكونَ في الإشهاد فائدةٌ، هذا، وقولُه في الكتابِ «ولِيَعرِّفِ الشُّهُود بَعْض أوْصَافِ اللُّقَطَةِ» ويجوزُ إعلامُه بالواو؛ للوجه الأوَّل.

وقوله: «واْحتمل أن يكونَ إرْشَاداً وآسْتِحْباباً، وآحْمَل أن يكون إيجاباً،» هذا هو الوجه، وفي أكثر النسخ، «فاحتمل أنْ يكونَ بطريقِ الإرْشَادِ، وآحتمل أنْ يكونَ آسْتِحْبَاباً» هكذا يوجد في أكثر النُسَخ، وليس بصحيح في هَذَا الموضِع، وإنْ كان بينهما فرقٌ إلاَّ أَنْ يُقَالَ المعْنَىٰ بطريق الإرْشَاد إلَىٰ رعاية الواجِب، لكنَّهُ بَشِع وقولُه: «ففيه خِلاَفٌ» يجوزُ أن يُعْلَمَ بالواو؛ لأنَّ أبا الفَرجِ السَّرْخَسِيَّ حَكَىٰ طرِيقَةً قاطعةً بنَفْيِ الوُجُوب واللَّهُ أعلمُ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **أَمَّا المُلْتَقِطُ فَهُوَ كلُّ حُرٍّ مُسْلِم مُكَلَّفٍ عَدْلٍ لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى الأَمَانَةِ وَالوِلاَيَةِ وَالكَسْبِ، وَالأَصَحُّ أَنَّ الكَافِرَ أَهْلٌ لِلاَلْتِقَاطِ فِي دَارِ الإِسْلاَمِ كَالاْحْتِطَابِ، وَفِي أَهْلِيَّةِ الفَاسِقَ وَالعَبْدِ وَالصَّبِيِّ قَوْلاَنِ (و) لفَوَاتِ أَهْلِيَّةِ الوِلاَيَةِ وَالأَمَانَةِ، وَفَائِدَةُ المَنْعِ أَنَّهُمْ لاَ يَتَمَلَّكُونَ، وَتَكُونُ فِي أَيْدِيهِمْ مَضْمُونَةً، وَلَعَلَّ الأَصَحَّ أَنَّهُمْ يَتَمَلَّكُونَ لِأَنَّ أَخْبَارَ اللُّقَطَةِ عَامَّةٌ، فَعَلَىٰ هَذَا؛ القَاضِي إِمَّا أَنْ يَنْتَزِع (ح و) مِنْ يَدِ الفَاسِقَ عَلَىٰ أَحَدَ الوَجْهينِ، أَوْ يَنْصَبُ (ح و) عَلَيهِ رَقِيباً كَمَا يَرَاهُ إِلَىٰ أَنْ تَمْضِيَ مُدَّةُ التَّعْرِيفِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الركْنُ الثَّانِي: المُلْتَقِطُ، وبناءُ الكَلامِ فيه عَلَىٰ أَصْلٍ؛ وهو أنَّ اللُّقَطَةَ فيها تعني الأَمَانَةَ والوِلاَيَةَ وآلاَكْتِسَابَ.

أمَّا الأمانةُ والوِلايةُ، ففي آلاَبتداء، فإنَّ سبيلَ المُلْتَقِطِ في مدة التعريف سبيلُ الأُمَنَاءِ لا يضمَنُ المال إلاَّ بتَفْرِيط، والشَّرْعُ فَوَّضَ إلَيْه حِفْظَه كالوليِّ يحفظ مالَ الصبيِّ.

وأمَّا آلاَكتساب، ففي آلاَنتهاءِ منْ حيثُ إنَّ له التَمَلُّكَ بعْد التَّعْرِيف، وما المغلَّب؟ فيه وجهان، وَيُقَالُ: قولان[1]:

أَحَدُهُمَا: معنى الأمانةِ والوِلاية، لأنَّها نَاجِزَةٌ والتَّمَلُّكُ منتظر فيُنَاطُ الحكمُ بالحَاضِر، ويُبْنَي الآخرُ علَى الأوَّلِ.

والثَّانِي: مَعْنَىٰ الاكْتِسَابِ، لأنَّه مالُ الأمْرِ ومقصودُه، فالنَّظرُ إلَيْه أوْلَىٰ؛ لأنَّ

---

(١) قال في الخادم: وكلاهما يعني الشيخين فيه مضطرب فإنهما حكما بصحة التقاط الفاسق والصبي والمجنون وشبهاه باحتطاب الصبي واصطياده، وهذا تصريح تغليب الاكتساب ثم حكما بترجيح منع التقاط العبد وهو تصريح بتغليب الولاية، ولعل لذلك أطلقا الخلاف من غير ترجيح.

المُلْتَقِطَ مستقلٌ بِالْاِلْتِقَاطِ، وآحادُ النَّاسِ لا يستقلُّون بالأمانات إلاَّ بِائْتمانِ المَالِكَ، ولكنْ يستقلُّون بالاكتساب. إذا عَرَفْتَ ذلك، فإن اجتمعَ في الشَّخْصِ أربَعُ صفاتٍ: الإِسْلاَمُ، والحُرِّيَّةُ، والعَدَالَةُ، والتَّكْلِيفُ، فله أنْ يَلْتَقِطَ، ويُعَرِّفَ وَيَتَمَلَّكَ؛ لأنَّ أهْلٌ للأمانة والولاية والاكتساب جميعاً، وإلاَّ، ففيه مسائلُ:

إحْدَاهَا: في تَمْكِين الذِّمي من الْاِلْتقاطِ في دَارِ الإِسْلاَمِ وجهان:

أحدُهُما: لاَ يُمَكَّنُ؛ لما فيه من مَعْنَى الأمانةِ والولاية، ولأنَّهُ ممنوعٌ من التسلُّط في دار الإِسْلاَمِ؛ ألاَ تراه أنَّه لايُحْيِي

وأصحُّهما: التَّمْكِينُ؛ ترجيحاً لمعْنَىٰ الْاِكْتسابِ، كما أنَّه يَصْطَادُ ويَحْتَطِبُ، وقَطَعَ بعضُهُمْ بالوَجْه الثَّاني، ورُبَّما شَرَطَ في التجْوِيز كونَهُ عَدْلاً في دينه، وقولُه في الكتابِ: «والأصحُّ أنَّ الكافِرَ أهلٌ للاِلْتقاط» يمكن حملُه على الأصحِّ من الوجهَيْنِ، فيكونُ المذكورُ طريقةَ الخِلاَفِ، وعلَى الأَصَحِّ من الطريقَيْن، فيكونُ المذكورُ الطريقةَ القاطعةَ.

فإنْ قلْنا: ليس له الالْتِقَاطُ، فالتَقَطَ، أَخَذَهُ الإِمَامُ، وحَفِظَهُ إِلَىٰ ظُهُورِ مَالِكِهِ.

وإنْ قُلْنَا: بِجَوَازِهِ، قال في «التَّهْذِيب»: «هُو كما لَوِ الْتَقَطَ الفاسِقُ»[1] وذَكَر أنَّ المرتدَّ، إنْ قُلْنَا: إنَّ مِلْكَهُ زائلٌ، يُنْتَزَعُ من يَدِه، كما لَوِ احْتَطَبَ، يُنْتَزَعُ من يَدِه.

إنْ قُلْنَا: مِلْكُهُ غَيْرُ زائِلٍ، فكالفَاسِقِ يَلْتَقِطُ.

ولَكَ أنْ تَقُولَ: إذا قُلْنَا: إنَّ مِلْكَهُ زائلٌ، فإنَّ ما يَحْتَطِبُهُ يُنْتَزَعُ مِنْ يَدِهِ، وَيَحْكُمُ بكوْنِهِ لأهْلِ الفَيْءِ، فإن كانت اللُّقَطَة كذلك فقياسُه أنْ يجوز للإمامِ ابتداءُ الْاِلْتِقَاطِ لأَهْلِ الفَيْءِ ولبيتِ المالِ، وأنْ يَجُوزَ لِلْوَلِيِّ الْاِلْتِقَاطُ للصَّبِيِّ.

وإذا قُلْنا: إنَّ مِلْكَهُ غَيْرُ زَائِلٍ، فهو بالذميِّ أشْبَهُ منه بالفاسِقِ، فليكن الْتِقَاطُهُ كالْتقاطِ الذِّمِّيِّ، وكذلك أورده الشَّيْخُ المتولِّي.

(١) وكذا قال ابن أبي هريرة في تعليقه: يجوز التقاط الذمي. ثم في إقرارها في يده قولان كما قلنا في الفاسق لا يختلفان. قد حكاه في الذخائر عن الشيخ أبي حامد الاسفراييني ويقتضي إلحاقه بالفاسق انتزاعه منه ووضعه عند عدل وأنه لا يعتمد تعريفه لكن ذكر ابن الرفعة أنه يقر في يده ويتفرد بالتعريف. قيل: قولان كالفاسق.

وعلى هذا اقتصر الشيخ أبو حامد الاسفراييني كما قاله في الذخائر ولا يبعد الفرق بين العدل في دينه وغيره. قال في الوافي: ولو قيل إن قلنا ينزع من يده ولم يفعل ثم عرف أنه يكون له التمليك لكان متجهاً لأنه صالح للتمليك بالكسب، وقد وجد شروطه، غاية ما فيه أنه ارتكب محرماً بالتقرير ومثله لا يؤثم كوطء الراهن الجارية المرهونة دون إذن المرتهن فإنها تصير مستولدة، وإن كان الوطء وقع حراماً إذا كان موسراً.

الثانية: هلِ الفَاسِقُ أهل للالتقاط؟

عن القَفَّالِ تخريجُه على الأصْلِ المذْكُور، إنْ رَجَّحنا الأمانة والوِلاية، فلا، وما يأخُذه حكمه حُكْمُ المغْصُوبِ، وإن رجَّحنا الاكتسابَ، فَنَعَمْ، وهذه الطريقةُ هِيَ التي أفردها في الكتاب، وقطعَ عامَّةُ الأصحابِ بأهْليَّته، وهو الذي يدُلُّ عليه نَظْمُ «المُخْتَصر»، ويُخَرَّج عليه ما حكَيْناه عَنِ المُعْظَمِ أنَّهُ يُكْرَهُ له ٱلالْتقاطُ، وعلى هذا؛ فهل يُقَرُّ المالُ في يده، إذا التقط؟ فيه قولان:

أصحُّهُمَا: وهو ٱختيار المُزَنِيِّ: لا، بل ينتزع مِنْ يَده، ويوضَع عند عَدْلٍ، لأنَّ مال أولاده لا يقرُّ في يدِه، فكَيْف يَقرُّ مال الأجانب؟

والثاني: نعَمْ؛ لأنَّ له حَقَّ التَّمَلُّك، ولكنْ يُضَمُّ إليه عَدْلٌ يُشْرِفُ عليه، وعن أبي الحُسَيْنِ بْنِ القَطَّانِ وَجْهٌ آخَرُ: أنَّه لا يُضَمُّ إلَيْه أحدٌ عَلىٰ هذا القولِ، وعند أبي حنيفةَ وأحْمَدَ: لا يُنْتَزَعُ مِنْ يَدِهِ، ولا يُضَمُّ إليْه أَحَدٌ.

وسواءٌ قلْنا: أنَّهُ ينتزع من يده، أَوْ يُضَمُّ إلَيْه مُشْرِفٌ، ففي التَّعْرِيفِ قولان:

أَشْبَهُهُمَا: وهو ظاهرُ نَصِّهِ في «المختصَر» أنَّه لا يُعْتَمَدُ في التَّعْرِيفِ؛ لأنَّهُ رُبَّما لا يَخُونُ فيه، حتى لا يَظْهَر المالِكُ، بل يُضَمُّ إلَيْه نظرُ العَدْلِ ومراقبتُه.

والثاني: أنَّه يَكْتَفِي بتَعْريفهِ، فإنَّه المُلْتَقِطُ، وهذا روايةُ الربيع، ثم إذا تَمَّ التعريفُ، فللملْتَقِطِ التَّمَلُّكُ.

وقولُه في الكتاب: «وفي أهليَّة الفَاسِقِ، والعَبْدِ والصَّبِيِّ قولان» يجوز أن يُعَلَّمَ لفظُ القولَيْنِ بٱلواو؛ للطريقة القاطعة بأهليَّة الفَاسِقِ، وهي جاريةٌ في الصبيِّ أيضاً، ولا تَجْرِي في العبْد بٱتِّفاق الأصحاب.

وقولُه: «ولعلَّ الأصحَّ أنَّهم يتملَّكون» فيه تمثيلُ [الكتاب]، لكنَّكَ قدْ عرَفْتَ أنَّه ظاهر المَذْهَبِ في الفَاسِق بلا تمثيل وكذا القوْلُ في الصَّبِيِّ، ثم إنَّه استأْنَسَ لذلك بالأَخْبَارِ الواردةِ فِي اللُّقَطَةِ، فإنَّها مُطْلَقَةٌ، لا تُفرِّق بين هؤلاء وغَيْرهم.

وقوله: «إمَّا أنْ يُنْتَزَعَ مِنْ يدِ الفَاسِقِ، أو يُنَصَّبَ علَيْهِ رَقيباً» ـ ليس تخْييراً، وإنَّما هو إشارةٌ إلَىٰ ما قدَّمناه من القوليْن، والكِنَايةُ في قولِهِ كما تراه لا يَنْصَرِفُ إلَىٰ أَحَدِ الأمرَيْن، بلِ الوَجْهُ صَرفُها إلى الرَّقِيبِ، والمعْنَىٰ: يُنَصَّبَ رقيباً يختارُهُ ويستصوبه.

ويجوزُ إعْلاَمُ: قولِه «يَنْتَزِعَ ويَنَصِّبَ» بالحاء والألف؛ لما ذكرنا من مَذْهَب أبي حنيفةَ وأحمدَ.

وقولُه: «إلَىٰ أنْ تَمْضِيَ مُدَّةُ التَّعْرِيفِ» ـ إشارةٌ إلَىٰ أنَّه يُخَلَّىٰ بينه وبين اللُّقَطَةِ بعْدَهَا ليتملكها، [واللَّهُ أَعْلَمُ].

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلِلْعَبْدِ أَنْ يُعَرِّفَ وَيَتَمَلَّكَ بِإِذْنِ السَّيِّدِ وَيُحَصِّلُ المِلْكَ لِلسَّيِّدِ، وَبِغَيْرِ إِذْنِهِ فِيهِ خِلاَفٌ (و) كَمَا فِي الشِّرَاءِ، وَإِنْ تَلِفَ فِي يَدِهِ قَبْلَ المُدَّةِ فَلاَ ضَمَانَ، فَإِنْ تَلِفَ فِي يَدِهِ بَعْدَ مُدَّةِ التَّعْرِيفِ، فَإِنْ أَذِنَ السَّيِّدُ فِي التَّمَلُّكِ تَعَلَّقَ الضَّمَانُ بِالسَّيِّدِ (و) لاَ بِرَقَبَتِهِ كَمَا لَوْ أَذِنَ فِي الشِّرَاءِ، وَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ تَعَلَّقَ بِذِمَّةِ العَبْدِ لاَ بِذِمَّةِ السَّيِّدِ وَلاَ بِرَقَبَتِهِ لِأَنَّهُ لاَ خِيَانَةَ مِنْهُ ولاَ إِذْنَ مِنَ السَّيِّدِ، وَالمُكَاتَبُ وَمَنْ نِصْفُهُ حُرٌّ وَنِصْفُهُ رَقِيقٌ كَالحُرِّ عَلَى الأَصَحِّ (و) وَهُوَ المَنْصُوصُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المسألةُ الثالثةُ: فِي ٱلْتِقَاطِ العَبْدِ، وهُوَ عَلَىٰ ثلاثةِ أَضْرُبٍ:

أحدها: التقاط لَمْ يأذنْ فيه السَّيدُ، ولا نَهَىٰ عنه.

وقد ٱختلفَ فيه قولُ الشَّافِعِيِّ ـ رضي الله عنه ـ فأحَدُ القولَيْن، وبه قال أبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ وأحمد ـ رحمه الله ـ أنَّه يصحُّ؛ لأنَّ يدَ العَبْدِ يدُ سيِّدِهِ، فكأنَّ السَّيِّدَ هو المُلْتَقِطُ، وهذا كما أنَّه إذا ٱصطادَ أو ٱحتطَبَ، يُعْتَبر ويكونُ الحاصلُ للسَّيِّدِ، ولا عبرةَ بقَصْدِهِ، وهذا القَوْلُ نقله المُزَنِيُّ عمَّا وَضَعَهُ بخطِّه، قال: ولا أعلَمُه سُمِعَ منه.

والثاني: وهو المنصُوصُ في «الأُمِّ» وٱختيارُ المُزَنِيِّ: أنَّه لاَ يَصِحُّ، لأنَّ اللُّقَطَةَ أَمَانَةٌ، وولايةٌ في ٱلابتداء، وَتملُّكٌ في ٱلانتهاءِ، والعَبْدُ لا يَمْلِكُ، ولا هو من أَهْلِ الأمانةِ والوِلاَيَةِ. وقد أَشَارَ صَاحِبُ الكتابِ إِلَىٰ ترجيحِ القَوْلِ الأَوَّلِ في الفَصْلِ السَّابِقِ، كما في ٱلْتقاطِ الفاسِقِ، لكنَّ الشَّيْخَ أبَا حامدٍ والقاضِيَ الرُّويانيَّ وَغَيْرَهُمَا حَكَوْا بأنَّ الثانِيَ أَصَحُّ. وفي بعْضِ الشروحِ أنَّ ابْنَ سُرَيْجٍ قال: القولان مبنيَّان على أنَّ العَبْدَ يَمْلِكُ، فإمَّا إذا فَرَّعْنَا على الجَدِيدِ، وَهو أنَّه لا يَمْلِكُ، فلَيْسَ له الالتقاطُ بحالٍ، و[في] هذا التباسٌ من جهةِ أنَّهُ ليس القولانِ في أنَّ العَبْدَ، هَلْ يَمْلِكُ مطْلَقاً، وإنَّما هُمَا في أنَّهُ، هل يَمْلِكُ بتمليك السيد، ولا تمْلِيكَ ههنا من جهة السَّيِّد؟

التفريعُ: إن قلْنا: لا يَصِحُّ التقاطه، لم يعتدَّ بتعريفه، ثم لا يخلُو؛ إمَّا أن يَعْلَمَ السيد بٱلتقاطِه أو لا يَعْلَمَ، فإنْ لم يَعْلَمْ، فالمالُ مضمونٌ في يد العَبْدِ، والضمانُ متعلِّقٌ برَقَبَتِهِ أتلفه أو تَلِفَ بتَفْرِيطٍ، أو غيْر تَفْرِيطٍ كما في المَغْصُوبِ، وإن عَلِمَ به السَّيدُ، فله أحوالٌ:

أحدها: أنَّهُ يأْخُذَ مِنْ يَدِهِ، وقَدَّم الإمامُ مقدِّمةً، وهي أنَّ القَاضِيَ، لو أخذ المغصوبَ منَ الغَاصِبِ لِيَحْفَظَهُ لِلْمَالِكِ، هَلْ يبرأ الغاصِبُ من الضَّمانِ؟ فيه وجهان، ظَاهِرُ القياسِ منهما البَرَاءةُ؛ لأنَّ يدَ القاضي نائبةٌ عن يدِ المالِكِ، إنْ قلْنا: لا تَبْرَأُ، فللقاضي أخْذُها منه، وإن قلْنا: تَبْرَأُ، فإنْ كان المالُ عُرْضَةً للضَّيَاعِ، والغاصِبُ بحيْثُ لا يَبْعُدُ أنْ يُفْلِسَ أو يغيِّب وجهه، فكذلك، وإلاَّ، فوجهان:

أحدُهُما: أنَّه لا يَأخُذُ، فإنَّه أنفعُ للمَالِكِ.

والثاني: يُأخَذُ، نَظَراً لهما جَمِيعاً، ولَيْسَ لآحَادِ النَّاسِ أَخْذُ المغْصُوبِ، إذا لم يكُنْ في مَعْرِضِ الضَّيَاعِ، ولا الغاصِبِ؛ بحيث تفُوتُ مطالَبَتُهُ ظاهراً، وإنْ كان كذَلِكَ، فوجهان:

أَظهَرُهُمَا: المنعُ؛ لأنَّ القاضِيَ هو النائِبُ عن الغائِبِينَ، ولأنَّ فيه ما يُؤَدِّي إلى الفتنةِ وشَهْرِ السِّلاحِ.

والثاني: الجوازُ؛ ٱحتساباً ونَهْياً عنِ المُنْكَرِ.

فعلَىٰ الأوَّل؛ لو أَخَذ، ضمن، وكان كالغَاصِبُ مِنَ الغاصب، وعلى الثاني؛ لا يَضْمَنُ، وبراءةُ الغاصِبِ على الخلاف السَّابق، وأَوْلَىٰ بألاَّ يَبْرَأ.

قال الإمامُ: ويجوزُ أنْ يُفَرَّقَ بينَ أنْ يكُونَ هناكِ قَاضٍ يُمْكِن رفعُ الأمرِ إلَيْه، فلا يجوزَ، أو لا يكونَ، فَيَجُوز.

إذا عُرِفَ ذلكَ، فقد قال معْظَمُ الأصحابِ: إذا أَخَذَ السَّيِّدُ اللُّقَطَةَ من العَبْدِ، كان أَخْذُهُ ٱلتِقَاطاً؛ لأنَّ يدَ العبدِ، إذا لم تكُنْ يدَ ٱلْتِقَاطٍ، كان الحاصِلُ في يَدِهِ ضائعاً بعْدُ، ويَسْقُطُ الضمانُ عن العبدِ لوصوله إلى نائب المَالِكِ، فإنَّ كان أَهْلٌ للالتقاط كأنَّه نائبٌ عَنْهُ، وبمثله أجابوا فيما لو أَخَذَه أجنبي، إلاَّ أنَّ صاحبَ «التتمةِ» جَعَلَ أَخْذَ الأَجْنَبِيِّ على الخلافِ فيما لو تعلَّق صيْدٌ بشبَكَةِ إنسانٍ، فجاء غَيْرُه وأَخَذَهُ.

وٱستبعدَ الإمامُ قَوْلَهُم؛ بأنَّ أَخْذَ السَّيِّدِ التقاطٌ؛ لأنَّ العَبْدَ ضامنٌ بالأخْذِ، ولو كان أَخْذُ السَّيِّدِ ٱلتقاطاً يَسْقُطُ الضمانُ عَلَيْه، ويَتَضرَّر به المَالِكُ، وهذا وجه قد أوردهُ القاضِي ابْنُ كجّ وأبو سعيد المتولِّي، وحَكَىٰ تفْرِيعاً عَلَيْه أنَّ السَّيِّدَ يَنْتَزِعُهُ من يدِه، ويُسَلِّمُهُ إلى الحاكمِ؛ لِيَحْفَظَهُ للمالِكِ أبداً.

وأمَّا الإمامُ، فإنَّه قال: إذا قلْنا: إنَّه ليْسَ بٱلتقاطِ، فأراد أَخْذَهُ بِنَفْسِه وحفظه لمالِكِهِ فيه وجهان مرتَّبان علَىٰ أَخْذِ الآحادِ المغْصُوبِ للحِفْظ، وأولَىٰ بعدم الجَوَازِ؛ لأنَّ السَّيِّدَ سَاع لنفسِه غَيْرُ مُحْتَسِبٍ، ثم يترتَّب علَىٰ جوازِ الأَخْذِ حُصُولُ البراءةِ، كما قدَّمنا، وإن ٱستدْعَىٰ من الحاكم انتزاعه، فهذه الصورةُ أَولَىٰ بأنْ يزيلَ الحاكمُ فيها اليَدَ العادِيَةَ، فإذا أزال، فأَوْلَىٰ بأنْ تَحْصُلَ البراءةُ؛ لتعلُّق غَرَضِ السيد بالبراءة، وكوْنِهِ غَيْرَ مُنْتَسِبٍ إلى العُدْوَانِ، حتى يغلظ عَلَيْه ـ [واللَّهُ أعْلم].

الحالةُ الثَّانِيَةُ: أن يُقرُّه في يَدَهِ، ويَسْتَحفِظُهُ علَيْه؛ لِيُعَرِّفَهُ، فإنْ لم يكُنْ العبدُ أميناً، فهو متعدٌ بالإقرار، وكأنَّه أَخَذَهُ منه، وردَّه إليه، وإنْ كان أَمِيناً، جاز كما لو ٱستعان به في تَعْرِيف ما ٱلْتَقَطَ لنفسِه. وفي «النهايةِ» أنَّ في سُقُوط الضَّمانِ وجْهَيْن، وأنَّ أَظْهَرَهُمَا

المَنْعُ، وقياسُ كلامِ الجُمهور سُقُوطُهُ.

الثالثة: ألا يَأْخُذَهُ، ولا يُقِرَّهُ، بل يُهْمِلَهُ ويُعْرِضَ عنه، فروايةُ المُزَنِيّ أن الضمانَ يتعلَّقُ برقبة العَبْدِ، كما كان، ولا يُطَالَبُ به السَّيِّدُ في سائر أموالِهِ؛ لأنَّه لا تَعَدِّيَ منه، ولا أثَرَ لعلمه، كما لو رأىٰ عبده يُتْلِفُ مالاً، فلم يَمْنَعْهُ منه، وروايةُ الرَّبيع تعلقه بالعَبْد، وبجميع أموال السَّيِّد؛ لأنَّه مُتَعَدٍّ بتركة في يدِ العَبْدِ، وَعَكَسَ الإمامُ وصاحبُ الكتابِ في «الوسيط» فَنَسَبَا الأوَّلَ إلَىٰ رواية الربيع، والثَّاني إلَىٰ رواية المُزَنِيِّ، والمُعْتَمَدُ المشهور[1] الأوَّلُ، ثم اختلَفُوا فيهما علَىٰ أربعة طُرقٍ.

قال الأكثرون: المسألَةُ على قولَيْن: أظهرُهُمَا؛ علَىٰ ما ذكره الرُّويانيُّ وغيرُه تَعَلُّقه بالعَبْد، وسائر أموالِ السَّيِّدِ؛ حتى لو هلَكَ العبدُ لا يَسْقُطُ الضَّمانُ، ولو أفْلَسَ السَّيدُ، تقدم صاحبُ اللُّقطَةَ في العَبْد علَىٰ سائر الغرماء.

ومَنْ قال به، لم يسلِّم عدم وجوب الضَّمانِ فيما إذا رأى عَبْدَه يُتْلِفُ مالاً، فلم يَمْنَعْهُ. وعن أبي عَلِيٍّ الطَّبَرِيِّ حَمْلُ منقولِ المُزَنِيِّ علَىٰ ما إذا كان العَبْدُ مُمَيِّزاً، وحمل منقول الرَّبِيعِ علَىٰ ما إذا كان غَيْرَ مُمَيِّزٍ.

وقَطَعَ بعضُهُمْ بما رواه المُزَنِيُّ، وآخَرُون بما رواه الرَّبِيعُ، وبه قال أبو إسحاقَ، وغَلَّطُوا المُزَنِيَّ في النَّقْل، واستشهَدُوا بأنَّهُ رَوَىٰ في «الجامع الكبير» كما رواه الرَّبيعُ، فأشعر بغفلته ههنا عن آخر الكلامِ.

أمَّا إذا قلْنا بصحَّة التقاطِهِ، وهذا الطريق هو المذكور في الكِتابِ، فيصحُّ تعريفه، كما يصحُّ التقاطُهُ، وليْسَ له بعْدَ التَّعْريفِ أنْ يتمَلَّكه لنَفْسِه، وله التملُّك للسَّيِّد بإِذْنه، وأمَّا بغَيْر إذْنه، فقد حَكَىٰ المُصَنِّفُ فيه خلافاً، وأراد به طريقَيْن، أشار إليهما الإمامُ:

أحَدُهُمَا: أنَّه على الوجْهَيْن في أنَّه هَلْ يصحُّ اتهابه دون إذْن السَّيِّدِ، أو على القولَيْن في شرائه بغير إذْنٍ.

والثاني: القَطْع بالمَنْع، بخلاف الهبة، فإنَّها لا تَقْتَضِي عِوَضاً، وبخلاف الشراء، فإنَّا إن صَحَّحْنَاهُ، عَلَّقنا الثَّمنَ بذمَّةِ العبدِ، وههنا يبْعُد ألاَّ يُطَالِبَ مالكُ اللُّقَطَةِ السَّيِّدَ المتملِّكَ؛ لأنَّه لم يَرْضَ بذمَّةِ العَبْدِ، والأصحُّ المنعُ، سواءٌ ثبت الخلافُ أم لا.

وعلَىٰ هذا، فَعَنْ بعض الأصحاب أنَّهُ لا يصحُّ تعريفُه دُون إذْن السَّيد أيضاً، والأصحُّ إلْحاقُ التعريفِ بالالْتقاط، كما مَرَّ.

قال الإمامُ: نعَمْ، إنْ قلْنا: انقضاءُ مُدَّة التعريف يوجبُ المِلْكَ، فيجوزُ أن يُقَالَ:

---

(١) في ب: المستفيض.

لاَ يَصِحُّ تعريفُه، ويجُوزُ أنْ يُقَالَ: يصحُّ، ولا يَثْبُتُ المِلْكُ في هذه الصُّورةِ، كما لا يثْبُتُ، إذا عرف من قصد الحفظ أبداً، ثم لا يخلُو الحالُ، إمَّا أنْ يَعْلَم السَّيِّدُ بالالْتقاط، أو لا يَعْلَمَ، فإنْ لم يَعْلَمْ، فالمالُ أمانَةٌ في يدِ العَبْدِ، لكن، لو كان مُعْرِضاً عن التَّعْريفِ، فِفي الضَّمان وجهان كالوجْهَيْن في الحُرّ إذا امتنع من التَّعْريف، أو أتْلَفَهُ العبدُ بعد مدَّة التعريف، أو تملكه لنَفْسِهِ فهلك عنده، ففي الضمانِ وجهان:

أحدُهُمَا: أنَّه يتعلَّقُ بذمَّتِه؛ كما لو اَستقرض قَرْضاً فاسداً أو اَستهلَكَهُ وبهذا أَجَاب الشَّيْخُ أبو محمَّد في «الفروق».

والثاني: برقبته كما لو غَصَبَ شيئاً، فتَلِفَ عنده، وليْسَ كالقَرْض، فإن صَاحِبَ المَالِ سلَّمَه إلَيْه، ولو أتْلَفَهُ في المُدَّة، فجوابُ الجُمهورِ أنَّ الضمانَ يتعلَّقُ برقَبتهِ، وكذا لو تلِفَ بتقْصِيرٍ منْه، وفرَّقُوا بيْنه وبيْن الإتْلاَف بعد المدَّةِ؛ حيْثُ كان على الخِلاَفِ السَّابق بأنَّ الإتْلاَفَ في السَّنَة جنايةٌ مَحْضَةٌ؛ لأنَّه لَمْ يَدْخُلْ وقتُ التملُّكِ.

فأمَّا بعدها، فالوقتُ وقْتُ الاَرْتِفَاق والإنفاق، فاَستهلاكُ العبد بمثابة اَستقراضٍ فَاسدٍ. وحَكَىٰ القاضي ابْنُ كجٍّ ما ذكَرُوه طريقةً عن أبي الحُسَيْن، ونقل عن أبي إسحاق، والقاضِي أبي حامد أنَّ المَسْأَلَةَ على قولَيْن:

أحدُهُما: التعلُّق بالرقبة.

والثاني: التعلُّقُ بالذِّمَّةِ؛ لأنَّه إذا جَوَّزْنَا له الالْتقاطَ، فكانَ المَالُ حَصَلَ في يدِه برضَا صاحبِه، وحينئذٍ، فالإتلافُ لا يقتضي إلاَّ التَعلُّقَ بالذمَّة، كما لو أُودِعَ العَبْدُ مالاً، فأتْلَفَهُ يكون الضمان في ذمته، ولمانع أن يمنع ذلك؛ لأنَّ الضمان في الوديعة أيْضاً متعلِّقٌ برقبتِهِ، علَىٰ قول، وإنْ عَلِمَ به السَّيِّدُ فلَهُ أَخْذُهُ منه كَأكْسَابه الَّتي يَكْتَسِبُهَا، ثُمَّ هو كما لو اَلتقطَ بنَفْسِه، فإنْ شاءَ، حَفِظَهُ لمالكه، وإنْ شاء، عرف وتملَّك، فإنْ كان العَبْدُ قد عرَّف بعْضَ المُدَّةِ، اَحتسب به وبنى، وإنْ أقره في يد العَبْد، فإنْ كان خَائِناً، ضَمِنَ السَّيِّدُ بإبْقائه في يَدِهِ، وإنْ كان أميناً، جَازَ، ثم إن تَلِفَ المال في يده في مدَّةِ التَّعْرِيف، فلا ضمانَ، وإنْ تلِفَ بعْدها، فإن أذن السيدُ في التملُّكِ، وجرى التَّمَلُّكُ، لم يَخْفَ الحُكْمُ، وإن لم يجْزِ التملُّكُ بَعْدُ، ففي تعلُّق الضَّمانِ بالسيد وجْهان منقولان في «النهاية»:

أظهرُهُما: يتعلَّق؛ لإذْنِه في سَبَب الضمانِ، فصار كما لو أَذِنَ له في استيام شيْءٍ، فأخذَهُ، وتَلِفَ في يده.

والثاني: لا يتعلَّقُ، كما لو أَذِنَ له في الغَصْب، فغَصَبَ، فإنْ قلْنَا بالثَّاني، فيتعلَّق الضَّمان برقبة العبد، وإن قُلْنا بالأَوَّل، فهو متعلِّقٌ بذمة العبد، حتى يطالَب به بَعْدَ

العَتْقِ، كما أنَّ السَّيِّدَ مطالَبٌ به، هكذا ذكرَه الإمامُ وصاحبُ الكتابِ في «الوسيط» وربَّما فهم قولُهُ في «الكتاب تعلَّق الضَّمانُ بالسَّيِّد لا برقبته» اْنقطاعَ الضَّمانِ عَنِ العَبْدِ مِنْ كُلِّ وجْهٍ، فلْيحذرِ الغَلَط.

وقوله: «كما لَوْ أَذِنَ في الشِّراء» جواب على الأظْهَرِ في أنَّ السَّيِّدَ مُطَالَبٌ بديون معاملة عبدِهِ، وفيه خِلافٌ مذكورٌ في مَوْضِعِه أَصْلاً وشَرْطاً، فلَكَ أنْ تُعْلِمَ لما ذَكَرْنَا قَوْله: «بالسيد» وقوله «لا برقبته» وقوله: «كما لو أذن في الشراء» جميعها بالواو. وإن لم يأذَنِ السَّيِّدُ فِي التَّملُّك، فوَجْهان في أنَّ الضَّمَانَ يتعلَّقُ بذمَّة العبْد أو برقَبَتِهِ:

أظهرُهُما: وهو المذكورُ في الكتاب: أنَّهُ يتعلَّقُ بذمَّتِه؛ لأنَّه لا جنايةَ منه.

والثَّاني: برقبته؛ لأنَّه دَيْنٌ، لَزِمَ لا يُرْضِي مستحقه، ولا يتعلَّق الضَّمانُ بالسَّيِّد بحالٍ؛ لعَدَمِ الإذن.

ولو أتلفه العَبْدُ بعْد المُدَّةِ، فعَلَىٰ ما تقدَّم من الخلاف. هذا هو الكَلاَمُ في الضَّرْب الأوَّل. وهَلْ مِنْ فرْقٍ بين أنْ يَقْصِدَ بالاْلتقاط نفْسِهِ أو سيِّدَهُ؟

عن صاحبِ «التقريب» أنَّ القولَيْنِ في المسألة مفروضان فيما إذا نوى باْلتقاطَهُ نَفسَهُ، فأمَّا إذا نَوَىٰ سيِّده، فيحتمل أنْ يَطَّرِد القولاَنِ، ويحتمل أن يُقْطَع بالصِّحَّة.

عكس القاضي ابْن كَجّ فقَال: القَوْلان فيما إذا اْلتَقَطَ لِيَدْفَعَهَا إِلَىٰ سَيِّدِهِ، فأَمَّا إذا قصَدَ نَفْسَه، فلَيْسَ له اْلاْلتقاطُ قولاً واحداً، بلْ هو متعدٍّ بالأخذ، وحكَاهُ عن أبي إسْحَاقَ والقَاضِي أبي حامد.

الضَّرْبُ الثَّانِي: الالتقاط المأذونُ فيه مِنْ جِهَةِ السَّيِّد مثلُ أنْ يقولَ: مهْمَا وجَدتَّ ضَالَّةً، فخُذْها، وأْتِنِي بها، ففيه طريقان:

أَحَدُهُمَا: القَطْعُ بالصِّحَّةِ، وإليه مَثَلُ الإمامِ، كما لو أَذِنَ له في قَبُولِ الوَدِيعَةِ، صَحّ منه قَبُولُها.

والثاني: عنِ اْبنِ القَطَّان عنِ اْبنِ أبي هريرةَ طَرْدُ القولَيْن لما في اللُّقَطَةِ مِنْ معنَى الوِلاية، والإِذْنُ لا يفيده أهليَّةَ الوِلاَيَة، وإذَا أَذِنَ له في اْلاكْتِسَابِ مُطْلَقاً، هَلْ يَدْخُل فيه اْلاْلتقاطُ؟ فيه وجهان واللَّهُ أعلمُ.

الضَّرب الثالث: التقاطٌ منهيٌّ عنه من جهة السَّيِّد، فعن الإصْطَخْرِيِّ: القَطْعُ بالمَنْعِ، وعن غيره طَرْدُ القولَيْنِ[1].

---

(١) قال النووي: طريقة الإصطخري أقوى، ولكن سائر الأصحاب على طرد القولين قاله صاحب «المستظهري».

فَرْعٌ:

إذا التقطَ لُقطَةً، ثم أعتقَهُ السَّيِّدُ فإنْ صحَّحنا التقاطهُ، فهي كسب عبده يأخُذُهَا السَّيِّدُ، ويُعرِّفُها، ويتملَّكُها، فإنْ كانَ العبدُ قد عَرَّف، اعتد به، هذا ظاهرُ المذهبِ.

وعن ابنِ القَطَّانِ وجهان فِي أنَّ السَّيدَ أَحَقُّ بها؛ اعتباراً بوقْت الالْتِقَاط، أو العَبْدَ؛ اعتباراً بوَقْتِ الملكِ، وشبهها بما إذَا أُعْتِقَتْ تحت عبْدٍ، ولم تفسخْ، حتى عَتَقَ العَبْدُ.

وإن لم نصحِّحْ التقاطَه؟

قال القاضي ابنُ كجٍّ للسَّيِّد حَقُّ التملُّك، إذا قلنا: إنَّ للسَّيِّدِ التملُّك على هذا القَوْل.

جوابُ معْظَم الأَصْحَابِ أنَّهُ ليْسَ للسَّيِّد أخذُهَا؛ لأنَّ حقَّ السَّيِّدِ لم يتعلَّق بها؛ لكَوْنِ العبْدِ متعدِّياً، وقد زالَتْ ولايتُهُ بالعِتْقِ، وعلَىٰ هذا، فهل لِلعَبْدِ تملُّكهَا؟ فيه وجهان:

أَظْهَرُهُمَا: نعم، ويُجْعَلُ كأنه التقَطَ بعد الحُرِّيَّةِ.

والثاني: المنعُ؛ لأنَّه لم يكُنْ أَهْلاً للأخذ، فعلَيْه تسليمُها إلى الإمَامِ.

ثم في الفصْل صورتان:

إحداهما: في التقاط المكَاتَبِ طريقان:

أحدهما: أنَّهُ على القَولَيْنِ في التقاطِ القِنِّ؛ لتعارُضِ معْنى الوِلاية والاكتسابِ.

وثانيهما: القَطْعُ بصحَّتِهِ؛ لأنَّهُ مستقلٌّ بالتملُّكِ والتصرُّفِ كالحُرِّ، وله ذِمَّةٌ يمْكِنُ استيفاءُ الحقوقِ منها، وهذا ظاهرُ نَصِّهِ في «المختصر»، واختيارُ صاحِب «التهذيب»، لكنَّ الأَوَّلَ أَصَحُّ عند الأكثرِينَ، إلاَّ أنَّ أصحَّ القولَيْن ههنا باتِّفاقِ الناقِلِينَ صِحَّتُهُ.

وقوله في الكتاب: «كالحُرِّ عَلَىٰ الأصحِّ» محتملٌ لأصحِّ القولَيْن، ولأصحِّ الطريقين؛ اختياراً للثاني، ووراءَ ذلك أمورٌ تُسْتَغْرَبُ:

أَحَدُهَا: عن ابن القَطَّانِ روايةُ طريقةٍ قاطعةٍ بالمَنْعِ، بخلافِ القِنِّ، لأنَّ سيِّدِه ينتزعه من يَدِهِ، والمكاتَبُ انقطعَتْ ولايةُ السَّيِّدِ عنه علَىٰ نقصانه.

والثاني: حَكَى القاضي ابْنُ كَجٍّ اختلافاً فِي أنَّ الخِلاَفَ المَذْكُورَ في المكاتبِ سواءً صحَّت الكتابةُ أو فَسَدَتْ، أو في المكاتَب كتابة صحيحة؟

وأمَّا المكاتَبُ كتابةً فاسدةً فهو كالقِنِّ لا محالةَ، والصَّحيحُ الثَّاني.

والثالث: نَقَلَ الإمامُ عن تفريع العراقِيِّين علَى القَطْع بالصِّحَّة أنَّ في إبقاء اللُّقَطَةِ

في يَده قولَيْن؛ علَىٰ قياس مَا مَرَّ في الفاسق، وكُتُبُهُمْ ساكتةٌ عن ذلك إلاَّ ما شاء اللَّه ـ تعالىٰ[(١)] ـ.

فإنْ صحَّحنا ٱلتقاطَ المكاتَبِ، عَرَّفَ اللُّقَطَةَ وتملَّكَها أو يبدلها من كَسْبِهِ، وفي تقديم صاحِب اللُّقَطَةِ بها علَىٰ سائر الغرماء وجْهان مذكوران في «أمالي» أبي الفَرَج الزاز. وإذا أُعْتِقَ في مدَّة التَّعْرِيف، أتم التعريف، وتملَّك، وإنْ عاد إلى الرِّقِّ قبل تمام التَّعْريف، فالنَّقْل أنَّ القاضِيَ يأخذُهَا ويحفظُهَا للمَالِكِ، وأنَّه ليْسَ للسَّيِّدِ أَخْذُهَا أَوْ تَمَلُّكُهَا؛ لأنَّ التقاطَ المُكَاتَبِ لا يقع للسَّيِّد ٱبتداءً، فلا ينصرف إلَيْه ٱنتهاءً.

وقال صَاحِبُ «التهذيبِ»: وَجَبَ أنْ يجوز له الأَخذُ والتَّملُّكُ؛ لأنَّ الالتقاط اكتساب، وأكساب المكاتَبِ عند عجْزِهِ للسَّيِّد.

قال: وكذا لو مات «المكاتَبُ، أو العبدُ قبل التعْرِيف، وجب أنْ يجوزَ للسيد التعريفُ والتملُّك، كما أنَّ الحرَّ إذا ٱلْتَقَطَ، ومَاتَ قبْلَ التَّعْرِيفِ، يُعَرِّف الوارث، ويتملَّك، أمَّا إذا لم نصحِّح التقاطه، فٱلْتَقَطَ، صار ضَامِناً، ولا يأخذ السَّيِّدُ اللُّقَطَة منه؛ لأنَّهُ لا وِلاَيَةَ له علَى المكَاتَبِ، ولكنْ يأخذها القاضي ويحْفَظُهَا، هكذا ذكروه.

ولَكَ أن تقولَ: أَلَسْتُمْ ذكَرْتُمْ تفريعاً على مَنْع ٱلاْلتقاط في القِنِّ أنَّ للأجنبيِّ أن يَأْخُذَهَا منه، ويَكُونَ مُلْتَقِطاً، ولم يعتبرْ والولاية، ولَيْسَ السَّيِّد في حقِّ المُكاتَبِ بأدنى حالاً مِنَ الأجنبيِّ في القِنِّ، وإذا أَخَذَهَا الحاكمُ، برىء المُكَاتَبُ مِنَ الضَّمانِ، ثُمَّ كَيْفَ الحُكْمُ؟

ذكر الشيخُ أبو حامدٍ وغيرُهُ: أنَّه يُعَرِّفُها، فإذا ٱنقضَتْ مدَّةُ التَّعْرِيفِ تمَلَّكَهَا المكاتَبُ، والأصحُّ: أنَّه ليس له التملُّك، فإنَّ التَّفريعَ علَىٰ فَسَادِ ٱلاْلْتِقَاطِ، ولكِنْ إذا أخذَهَا، حَفِظَها إلَىٰ أنْ يَظْهَرَ مالِكُها.

الصورةُ الثانيةُ: مَنْ بَعْضُه حُرٌّ، وبعْضُه رقيقٌ، في ٱلتقاطِهِ طريقان، كما في حَقِّ المكاتَبِ؛ لاْستقلاله بالمِلْك والتصرُّف، وقوّةِ ذمَّتِهِ.

قال الشَّاشِيُّ في «المعتمد»: ويمكن أنْ يُفصَّلَ، فيُقَالَ: يَصِحُّ ٱلتقاطُهُ بقَدْر الحرِّيَّة قولاً واحداً، والطريقان فيما سواه، وهذا الذي أبداه ٱحتمالاً هُوَ الذي أورده صاحبُ «التتمة». فإن قلْنا: لا يَصِحُّ ٱلتقاطُه، فهو متعدٍّ بالأخذ ضامِنٌ بقدْرِ الحرِّيَّة في ذِمَّتِهِ يؤخَذُ منه، إن كان له مالٌ، وبقَدْر الرِّقِّ في رقبته، وذكر القاضي ٱبنُ كَجّ وجهَيْنِ في أنَّهُ

(١) وكذا أنكره صاحب الذخائر على الغزالي. وقال: لم أجده في كتب الأصحاب العراقيين التي وقعت إلينا، وما أدري من أين أخذه وكذا قال ابن أبي الدم وصاحب الوافي قال: وكثيراً ما يريد الغزالي بالعراقيين الشيخ أبا حامد لا جميعهم.

يُنتَزَعُ منه، أو يَبْقَىٰ في يده، ويُضَمّ إليه مُشْرِفٌ، والظاهر الانتزاعُ، ثم وجهَيْنِ على القَوْل بالانتزاع في أنَّهُ يُسلم إلى السيد أو يَحْفَظُه الحاكمُ إلَىٰ ظهور مالِكه. والأظهرُ الثاني: فإنْ سُلِّم إلى السَّيدِ فعن أبي حَفْصٍ بْنِ الوكيلِ أنَّ السَّيِّدَ يُعَرِّفُهُ ويتملَّكهُ.

قال القاضي: ويُحْتَمَلُ عندي أن يُقال: يكونُ بينهما بحَسَبِ الرِّقّ والحُرِّيَّةِ، وإن صحَّحناه، فإنْ لم يكنْ بَيْنَه وبيْن السَّيِّد مهايأة، فاللُّقَطَةُ بينهما يُعَرِّفانِهَا، ويتملكانِها بحَسَب الرِّقِّ والحرِّيَةِ وهما كشخصين التقطا مالاً.

وعن ابنِ الوكيل أنَّ السَّيِّدَ يختص بها؛ إلحاقاً لِلُّقَطَةِ بِلُقَطَةِ القِنِّ، وإنْ كانت بينهما مهاياةٌ، فيُبْنَىٰ على أنَّ الأكسابَ النادِرَةَ، هلْ تدخل في المهايأة؛ لأنَّ اللُّقَطَة نادرةٌ؟ وفيه قولان، ويُقَال: وجهان؛ لأنَّ القولَيْن ليْسَا بمنصوصَيْن في هذا الأصْل علَىٰ إطلاقه، وإنَّما هُمَا فِي اللُّقَطَةِ، ثم ألحق غيرها بها وقد ذكرنَاهُمَا بتوجِيهِهِمَا في زَكَاةِ الفِطْرِ، ومَيْلُ العراقِيِّينَ والصيدلاني في ذلك البابِ إلى ترجيح عَدَمِ الدخول، إنَّهُمْ مع سائر الأصحابِ كالمتَّفِقِينَ ههنا علَىٰ ترجيح الدُّخُول، وهو نَصُّهُ في «المختصر»، وعلَىٰ هذا، فإنْ وقعتِ اللَّقَطَةُ في نَوْبَةِ السَّيِّد، عرَّفَها وتملَّكها، وإنْ وقعتْ في نَوْبَةِ العَبْدِ، فكذَلِكَ، والاعتبارُ بيَوْمِ الالْتقاطِ لا بوَقْتِ المِلْكِ.

وأشَارَ في «النهاية» إلَىٰ وجه آخَرَ، وهو اعتبارُ وقْتِ التَّمَلُّكِ، وأبْدَىٰ تردُّداً فيما إذا وقَع الالْتقاطُ في نَوْبَةِ أحدهما، وانقضاءِ مُدَّةِ التَّعْرِيفِ في نوبة الآخر، ولا مَعْنَىٰ لهذا التَّرَدُّدِ، بل الجوابُ يختلفُ بحَسَب التفريعِ على الوجْهَيْن.

وإن قلْنا: الكَسْبُ النَّادِرُ لا يدخلُ في المُهَايَأةِ، فالحكُمُ كما لو لم يكنْ بَيْنهما مهايأة[1].

والمُدَبَّر، والمعلَّق عتقُهُ بِصِفَةٍ، وأمُّ الوَلَدِ كالقِنِّ في الالْتقاطِ، لكنْ حيثُ حكَمْنا بتعلُّق الضمانِ برقبةِ القِنّ، ففي أمِّ الولَدِ يَجِبُ على السَّيِّد، عَلِم التقاطَهَا أو لم يَعْلمْ؛ لأنَّ جنايةَ أُمِّ الوَلَدِ علَىٰ سَيِّدها، وفي «الأمّ» أنَّه إنْ عَلِمَ سيدها، فالضمان في ذِمَّتِهِ، وإن لم يعْلَمْ، ففي ذِمَّتها، وهذا لم يُثْبِتوه، وقالُوا: إنَّهُ سَهْوٌ من كَاتِبٍ، أو غَلَطٌ مِنْ ناقلٍ، وربما حَاوَلُوا له تأويلاً، والله أعلم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَأَمَّا الصَّبِيُّ فَيَنْبَغِي أَنْ يَنْتَزِعَهُ الوَلِيُّ مِنْ يَدِهِ وَيَتَمَلَّكَ لَهُ مُدَّةِ التَّعْرِيفِ، فَإِنْ أَتْلَفَهُ الصَّبِيُّ ضَمِنَ، وَإِنْ تَلِفَ فِي يَدِهِ فَوَجْهَانِ، وَوَجْهُ الإِيجَابِ أَنَّهُ لَيْسَ أَهْلاً لِلأَمَانَةِ

---

(١) قال النووي: ونقل إمام الحرمين في باب ذكاة الفطر اتفاق العلماء على أن أرش الجناية لا يدخل في المهايأة، لأنه يتعلق بالرقبة وهي مشتركة.

وَلَمْ يُسَلِّطْهُ المَالِكُ عَلَيْهِ، بِخِلاَفِ الإِيدَاعِ عِنْدَ الصَّبِيِّ، فَإِنْ قَصَّر الوَلِيُّ ولَمْ يَنْزِعْهُ مِنْ يَدِهِ حَتَّى أَتْلَفَهُ الصَّبِيّ أَوْ تَلِفَ فَقَرَارُ الضَّمَانِ عَلَى الوَلِيِّ لِأَنَّهُ مُلْتَزِمٌ حِفْظَ الصَّبِيِّ عَنْ مُثْلِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المسألةُ الرَّابِعَةُ: في ٱلتقاط الصبيِّ طريقانِ، كما ذكَرْنَاهما في الفَاسق، الأصَحُّ صحَّتُهُ كٱحتطابه وٱصطياده.

التَّفريعُ: إن قلْنا: يصحُّ ٱلْتِقَاطُهُ، فإنْ لم يَشْعُرْ به الوليُّ، وأتْلَفَهُ الصبيُّ ضَمِنَ، وإن تَلِفَ في يده، فوجهان:

أصحُّهُمَا: أنّهُ لا ضمانَ علَيْه، كما لو أُوْدَعَ مالاً، فَتَلِفَ عندَهُ.

والثاني: يَضْمَنُ، لأنّهُ وإنْ جُعِلَ أهْلاً لِلاَلْتقاط، فلا يُقرِّر المالُ في يده، ولا يُجْعَلُ أهْلاً للأمانَةِ، ويُخَالِفُ الوديعةَ؛ لأنَّ المُودِعَ سلطه عليه.

ومن قال بالأوَّل قال: تَسْلِيطُ الشَّرْعِ يغني عَنْ تَسْلِيط المالِكِ، وإنْ شَعَر به الوَلِيُّ، فينبغِي أن يَنْتَزِعَهُ مِنْ يدهِ، ويُعَرِّفَهُ مُدَّةَ التَّعْرِيف، ثم إنْ رأى المصْلَحَةَ في تملكه للصَّبِيِّ جَاز؛ حيْثُ يُجوزَ ٱلاَستقراضُ عليه؛ لأنَّ تملُّكَ اللُّقَطَةِ كالاَستقراض.

وقال ٱبْنُ الصَّبَّاغ: عنْدِي يجوزُ التملُّكُ له وإنْ كانَ ممن لا يجوز الاستقراضُ عليه؛ لأنَّا نُلْحِقُهُ علَىٰ هَذَا القَوْلَ بِٱلاَكتساب(١).

وإنْ لَمْ نر التملُّك له، حفظ أمانة، أو سَلَّمَهُ إلى القاضي، وإِذَا ٱحْتَاجَ التَّعْريفُ إلَىٰ مُؤْنَةٍ، لم يصْرفْ من مال الصبيِّ، بَلْ يُرْفَعُ الأَمْرُ إلى الحاكم؛ ليبِيعَ جُزْءاً من اللُّقَطَةِ لِمُؤْنَةِ التعريف، ويجيْء وجْه مما سيأتِي في ٱلتقاط الغَنَم ونحوها، له أن يبيعَ بنفسه، ولا يحتاج إلَىٰ إِذْنِ الحاكِم(٢).

ولو تَلِفَتْ اللُّقَطَةُ في يد الصَّبِيِّ قَبْل ٱلاَنتزاع مِن غَيْر تقصير، فلا ضمانٌ، وإن قصَّرَ الوليُّ بتَرْكها في يده حتَّى تَلِفَت، أو أتْلَفَها، فعلَيْهِ الضمانُ، وشبَّهوه بما إذا ٱحْتَطَبَ الصَّبِيُّ، وتركه الوليُّ في يده حتَّى تَلِفَ أو أتلفه، يجب الضَّمانُ على الوَلِيِّ؛

---

(١) قال النووي: هذا الذي قاله ابن الصباغ، كما هو شذوذ عن الأصحاب فهو ضعيف دليلاً، فإنه اقتراض.

(٢) وقد توزع في هذا التخريج لوضوح الفرق بأنه يسلط هناك على الأكل في الحال، فلذلك ثبت له ولاية البيع على وجه بخلاف مسألتنا، وسيأتي على الأثر ما يشهد له.
ويؤيده أن الماوردي قال: إذا قلنا لا يجوز له الأكل فعليه أن يأتي الحاكم حتى يأذن له في البيع، ولا يجوز له أن يفعل ذلك بنفسه مع القدرة على استئذان الحاكم بخلاف أخذ الشاة إذا أراد بيعها لأن يده على الشاة أقوى لما استحقه عاجلاً من أكلها ويده على الطعام أضعف لما وجب عليه من تعريفه.

لأنَّ علَيْه حِفْظَ الصبيِّ عن مثله. قال صاحبُ «التهذيب»: ثم يُعرِّف التالِف، وبعد التَّعْرِيف يتملَّك الصبيُّ، إن كان النَّظَرُ فيه، ويُشْبِهُ أنْ يَكُونَ هَذا فيمَا إذا فرضه قبْض منْ جهة القاضي؛ ليصيرَ المقبوضُ مِلْكاً للمُلْتَقِطِ، أو إفْرازاً منْ جهة الوليِّ.

إذا قلْنا: إنَّ من ٱلْتَقَطَ شَاةً، وأَكَلَهَا يفرز بنفسه قيمتها مِنْ ماله، وسيأْتِي ذلك، إن شاء الله تعالى. أمَّا الضَّمانُ في الذِّمَّةِ، فلا يمكنُ تملُّكُهَا للصبيِّ.

وإنْ قلْنا: لا يَصِحُّ ٱلتقاطُ الصَّبِيِّ، فلو ٱلْتَقَطَ، وتَلِفَت اللُّقَطَةُ في يدِهِ، أو أتْلَفَها، وَجَبَ الضَّمانُ في مالِهِ، وليْسَ للوليِّ أنْ يُقِرَّهَا في يدِه، ولكنْ يسعَىٰ في ٱنتزاعِها من يده، فإن أمكنه رفْعُ الأمْرِ إلى القاضي، فَعَل، وإذا ٱنتزعَ القاضي[1] المغْصُوبَ من الغاصِبِ، وأَوْلَىٰ بحُصُولِ البراءة؛ نَظَراً للطفل، وإن لم يمكنه رَفْعُ الأَمْر إلى القَاضِي، أَخَذَهُ بنفسِهِ، وتُبْنَىٰ براءةُ الصبي عن الضمان علَى الخلافِ في بَرَاءَةِ الغَاصِبِ بأَخْذ الآحَادِ، فإنْ لم تَحْصُلِ البَرَاءَةُ، ففائدةُ الأَخْذِ صَوْنُ عين المال عَنِ التَّضْييع والإتْلاَف.

قال في «التَّتِمة»: وإذا أَخَذَهُ الوَلِيُّ، فإنْ أمكَنَهُ التَّسْليمُ إلى القَاضِي، فلم يَفْعَلْ حَتَّى تَلِفَ، فعلَيْه الضَّمانُ، وإنْ لم يُمْكِنْهُ، فقرارُ الضَّمانِ على الصبيِّ، وفي كوْنِه الوَليِّ طَرِيقاً وجهان، وهذا إذا أَخَذَ الوَلِيُّ لا عَلَىٰ قَصْد الالتقاط، أمَّا إذا قَصَدَ ٱبتداءَ ٱلالْتقاطِ، ففيه وجهان، ولِيَكُونَا كالخلاف في الأَخْذِ مِنَ العَبْد علَىٰ هذا القصْد، إذا لم نُصحِّح التقاطَهُ، ولو قصَّرَ الوليُّ، وتركَ المالَ في يده، ففي «التتمة» أنَّه لا ضمانَ عليه، إذا تَلِفَ؛ لأنَّهُ لم يَحْصُلْ في يدِه، ولا حَقَّ للصَّبيِّ فيه، حتى يلزمَهُ الحِفْظُ له، بخلاف ما إذا فرَّعْنَا على القوْل الأوَّل، وخَصَّصَ في «النهاية» هذا الجَوَابَ بما إذَا قُلْنا: إنَّ أَخْذَهُ لا يُبْرِىءُ الصَّبيَّ. مَّا إذا قُلْنا: إنَّه يُبَرِّئُهُ، فعلَيْه الضمانُ، لإبقائه الطِّفْلَ في وَرْطةِ الضمانِ، ويجوزُ أن يضمَن. وإن قلْنا: إنَّ أَخْذَه لا يُبْرِىءُ الصَّبيَّ؛ لأنَّ المَالَ في يَدِ الصَّبِيِّ عُرضَةُ الضَّيَاعِ، فمن حقِّه أن يَصُونَهُ.

والمجنونُ كالصبيِّ في الالتقاط، وكذلك المَحْجُورُ علَيْه بالسَّفَهِ إلاَّ أَنَّهُ يَصِحُّ تعريفُهُ، ولا يصحُ تعريفُ الصَّبيِّ والمجْنُونِ[2].

---

(١) في ز: زيادة قوله: ففي براءة الصبي عن الضمان على ما حكاه الإمام الخلاف المذكور في انتزاع القاضي.

(٢) فيه أمران: أحدهما: مراده بصحة تعريفه حيث فوض له الولي، ومع ذلك فيه وجهان حكاهما صاحب الحلية وأشار ابن داود وصاحب التتمة إلى أنهما مخرجان من القولين في الفاسق هل ينفرد بالتعريف.

الثاني: أن السفيه مخالف الصبي في هذه الصورة خاصة تابع فيه القاضي والمتولي، وليس كذلك بل يتخالفان في صور: منها في اختيار التملك، فإن له التملك دون الولي بعد اجتهاد=

قولُه في الكِتَاب: «وتملك له بَعْد مُدَّة التَّعْريف» مطلقٌ، لكنَّه محمُولٌ علَىٰ ما إذا كان بحَيْثُ يجوز الاَستقراضُ له عَلَىٰ ما أورده المُعْظَمُ.

وقولُه: «بخلافِ الإيدَاع» يمكن أنْ يكونَ المقصُودُ منه الفَرْقَ بَيْنَ تَلَفِ اللُّقَطَةِ في يدِه، وبيْنَ تَلَفِ الوديعةِ فقطْ، ويمكن صَرْفُهُ إلَىٰ صُورَتَي التَّلَفِ والإتْلاَف جميعاً، فإنَّ الوديعةَ لو تَلِفَتْ، لا يضمنُها قَطْعاً، ولو أَتْلَفَهَا، ففيهِ خِلاَفٌ على العَكْس من اللُّقَطَة.

وقولُهُ: «فقَرَارُ الضَّمَانِ على الوليِّ يُشْعَرُ بأنَّ الصَّبيَّ ضامنٌ أيْضاً علَى المَعْهُود مِنْ لَفظِ القرار، ولكنَّ المَفْهُومَ مِنْ كلامِ الأصْحَاب تَخْصِيصُ الضَّمَانِ في هذه الحالة بالوَلِيِّ، واللَّهُ أعلم بالصَّواب.

قَالَ الغَزَالِيُّ: أما اللُّقَطَةُ فَهُوَ كُلُّ مَالٍ مُعَرَّضٍ لِضَيَاعٍ كَانَ فِي عَامِرِ الأَرْضِ أَوْ غَامِرِهَا وذَلِكَ ظَاهِرٌ فِي كُلِّ جَمَادٍ وَحَيَوَانٍ صَغِيرٍ، أَمَّا الإِبِلُ وَفِي مَعْنَاهُ البَقَرُ وَالحِمَارُ إِنْ وُجِدَ فِي صَحْرَاءَ لَمْ يُلْتَقَطْ (ح) لِوُرُودِ الخَبَرِ، وَلَوْ وُجِدَ فِي عُمْرَانٍ فَقَدْ قِيلَ: يُلْتَقِطُ لأَنَّهُ يَضِيعُ بِامْتِدَادِ يَدِ النَّاسِ إِلَيهِ، وَلَوْ وَجَدَ كَلْباً الْتَقَطَهُ وَاخْتَصَّ بِالانْتِفَاعِ بِهِ بَعْدَ مُدَّةِ التَّعْرِيفِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الرُّكْنُ الثَّالِثُ: الشَّيْءُ المُلْتَقَطُ، وهُوَ إمَّا مالٌ أو غَيْرُهُ:

القسمُ الأَوَّلُ: المالُ، وهو جَمَادٌ وَحَيَوانٌ.

الضربُ الأَوَّلُ: الحَيَوانُ، والكلامُ في غير الآدميِّ، ثم في الآدميِّ أمَّا غَيْرُ الآدَمِيِّ، فنوعان:

أحدُهُمَا: ما يمتنعُ منْ صِغَار السِّبَاع، إمَّا بفَضْلِ قُوتهِ؛ كالإبلِ والخيل والبغالِ والحمير، أو بشدة عَدْوِهِ؛ كالأرانب والظِّبَاء المَمْلُوكَةِ، أو لطَيَرانِهِ: كالحَمام، فَيُنْظَرُ؛ إن وُجدتْ في مفازة، فللحاكم ومنصوبه أخْذُها للحِفْظ، وقد رُوِيَ أنَّ عُمَرَ ـ رَضِيَ اللَّهُ

= الولي في أن أحظ الأمرين هو التملك. وأما الصبي والمجنون فإن الولي هو الذي يتملك لهما. قاله الماوردي. قال ابن الرفعة: بل على رأي ابن الصباغ حيث لا يعتبر جواز الإقراض له التملك دون مراجعة الولي إما جزماً كما له أن يحتطب أو على الصحيح كما في قبول الهبة. وإما على اعتبار رأي بعض الأصحاب في اعتبار جواز الإقراض بغير إذن الولي.
ومنها: أنه يجوز للولي التقاطها من يد الصبي على أحد الوجهين كما سبق، ولا يجوز التقاطها من يد السفيه إذا كان أميناً لا يخشى تلف العين في يده. ذكره ابن الرفعة وهل يكون الولي مخاطباً بانتزاعها من يده إذا قلنا: لا يبرأ الصبي بانتزاعه إياها من يد الصبي يظهر: أن لا؛ لأن ذلك لخشية إتلافه وذلك مفقود، ولهذا قال الفوراني: إذا جوزنا التقاطه جوزنا للولي إقرارها في هذه الحالة. أفاده صاحب الخادم.

عَنْهُ ـ كانَتْ لَهُ حَظِيرَةٌ يَحْفَظُ فِيهَا الضَّوَالَّ[١].

وفي آحاد الناس وجهان:

أحدهُما: أنَّ لهم الأَخذ؛ للحِفظَ أيضاً؛ كيْلاَ يأخُذَهَا خَائِنٌ فَيُضيعَهَا.

والثاني: المَنْعُ، إذْ لا ولايةَ للآحَادِ علَىٰ مالِ الغَيْرِ، وهذا أظهرُ عند صاحِب «التهذيب»، والأوَّلُ أظهرُ عند الشَّيْخ أبي حامِدٍ، والمتولِّي وغيرهما، ويُحْكَىٰ عنْ رواية الرَّبيعِ عن النَّصِّ، وأمَّا أخْذُهَا للتملُّك، فهو غيرُ جائزٍ؛ خلافاً لأبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ لنا قولُهُ ﷺ في ضَالَّة الإِبِلِ «مَا لَكَ وَلَهَا، مَعَهَا سِقَاؤهَا»[٢] في الحديثِ المذكورِ في أوَّل البَاب، والمعْنَىٰ فيه أنَّ مِثْلَ هذا الحيوان مَصُونٌ عَنْ أكثر السِّبَاعِ بامتناعه، مُسْتَغْنٍ بالرَّعْي بالنَّظَر للمالِكِ ألاَّ يتعرضَ له حتَّى يجده، والغالبُ أنَّ من أَضَلَّ شَيْئاً، طلَبَه حَيْثُ ضَيَّعَهُ، فلَوْ أخَذَها أحَدٌ علَىٰ قَصْدِ التَّمَلُّكِ، ضَمِنَها، ولم يَبْرَأ عن الضَّمَانِ بالرَّدِّ إلَىٰ ذلك الموضع.

وعن أبي حنيفة ـ رضي الله عنه أنَّهُ يَبْرَأُ بردِّها إلَىٰ موضِعِها إلاَّ أنْ يخلصها من نارٍ أو ماءٍ، ثم يردَّها إليه، ولو رَدَّها إلَىٰ الحاكِمِ، بَرِىءَ على أصَحِّ الوجْهَيْن.

وإنْ وُجِدَتْ في بلدةٍ، أو قريةٍ، أو مَوْضِعٍ قريبٍ منها، فوجهان، أو قولان:

أحدُهُما: لا يجوزُ ٱلتقاطُهَا للتملُّكِ، كما لو وُجِدَتْ في المَفَازَةِ لإِطْلاَقِ الحديث.

وأصحُّهما: وبه قال أبو إسْحَاق: أنَّهُ يجوز؛ لأنَّها في العُمْران تَضِيعُ بامتداد اليد الخائنة، بخلافِ المَفَازَةِ، فإن طُروقَ النَّاسِ بها لا تعُمُّ، ولأنَّها لا تجدُ ما يكفيها، ولأنَّ البهائِمَ في العُمْرَاتِ لا تُهْمَل، وفي الصَّحراء قد تَسْرَح وتُهْمَل، فيحتملُ أنَّ صاحِبَها لم يضلَّها.

وحكَى القاضي ابْنُ كَجٍّ عنْ رواية القَاضِي أبِي حَامِدٍ طريقَيْن آخَرَيْنِ في المَسْأَلة:

أحدُهُما: القَطْعُ بالأوَّل.

والثاني: القطعُ بالثَّاني، فإنْ مَنعْنَا، فالْتقاطُهَا علَىٰ قَصْدِ التملُّكِ، كما ذكَرْنا في ٱلتقاطِها مِنَ الصَّحْراءِ، وإنْ جوَّزناه، فعَلَىٰ ما سنذكره في النَّوْعِ الثاني، هذا إذا كانَ الزَّمَانُ زَمَانَ أَمْنٍ، فأمَّا في زَمَانِ النَّهْبِ والفَسَادِ، فيَجُوزُ ٱلْتِقَاطُهَا، سواءٌ وُجِدَتْ في

---

(١) رواه مالك في الموطإ. حديث عائشة: لا بأس بما دون الدرهم أن يستنفع به وقال الحافظ في التلخيص: لم أجده، قلت: أخرجه ابن أبي شيبة من رواية جاء الجعفي عن الرحمن بن الأسود عن أبيه عن عائشة: أنها أرخصت في اللقطة في درهم.

(٢) تقدم.

الصَّحارى، أو في العُمْرَانِ، كما سيأتي فيما لا يمتنعُ منْ صِغارِ السِّبَاعِ، ذكره صَاحِبُ «التتمةِ» وغَيْرُهُ.

النَّوعُ الثَّاني: ما لا يمتنعُ من صِغَارِ السِّبَاعِ، كالكسير والغَنَم والعَجَاجِيل والفصْلاَن، فيجوزُ أخْذُهَا لِلتَّملُّكِ، سواءٌ وُجِدَتْ في المَفَازة، أو العُمْرَانِ؛ لأنها لو لم تُؤخَذْ لضَاعَتَ بتناوُشِ السِّبَاعِ أو بأحتيال بَعْض الخائِنِينَ، كما قال ﷺ: «هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذِّئْبِ»[١] وعن صَاحبِ «التَّقْرِيبِ «وَجْهٌ»: أنَّ ما يُوجَدَ منها في العُمْرَانِ لا يؤخذ؛ لأنَّ الحيوانَ لا يَكادُ يَضِيعُ، والمَذْهَبُ الأوَّلُ، ثم إنْ وُجِدَ شيئاً منها في المفازة فهُوَ بالخيارِ بَيْن أنْ يُمْسِكَها ويُعَرِّفها ويتملَّكَهَا، وبَيْن أن يَبيعَهَا، ويحفظَ ثَمَنَها، ويُعرِّفها، ثم يَتَمَّلكَ ثمنها، وبيْنَ أن يَأْكُلَهَا، إنْ كانتْ مأكولةً، ويَغْرمَ قيمتها. وعن مالكٍ ـ رحمه اللَّهُ ـ أنَّ لَهُ أكْلَهَا مَجَّاناً. ثم الحصَّةُ الأُوْلَىٰ أَوْلَىٰ من الثَّانِيَةِ، والثانية أَوْلَىٰ من الثالثةِ، وإن وَجَدَهَا في العُمْرانِ، فلَهُ الإمْسَاكُ والتَّعْرِيفُ والتملُّك، وله البيعُ والتَّعريفُ، وَتَمَلُّكُ الثَّمَنِ، وفي الأكْل قولان:

أحدُهمَا: الجوازُ، وبه قال الشَّيْخُ أبو حَامِدٍ، كَمَا فِي الصَّحْرَاءِ.

[**وأصحُهُمَا عند الأكْثَرِينَ**: المَنْعُ؛ لأنَّ البَيْعَ في العُمْرَانِ سَهْلٌ وفِي الصَّحْراءِ][٢] قد لا يَجِدُ مَنْ يَشْتَرِيهَا، ويَشُقُّ نَقْلُهَا إلى العُمْرَانِ، هَذَا إذا كَانَتْ مأكولةً، وأمَّا الجَحْشُ، وصَغَارُ مَا لا يُؤكَلُ فحُكْمُهَا فِي الإمْسَاكِ والبَيْعِ حُكْمُ المأكُولِ، وهَلْ يجوزُ تملّكُهَا فِي الحال؟ فيه وجهان:

أحدُهُمَا: نعم يجوز كما يجوزُ أَكْلُ المأكُولِ، ولو لَمْ يجز ذلك، لأَعْرَضَ عنها الواجدون ولضاعت.

وأصحُهُمَا: أنَّهُ لا يجوزُ تملّكُهَا حتى تُعرَّفَ سَنَةً علَىٰ ما هُوَ دَأْبُ اللُّقَطَةِ، وإنَّما جاز أَكْلُ الشَّاةِ؛ للحَدِيثِ. ثم في الخِصَالِ الثلاثُ مسائلُ:

إحداها: إذا أمْسَكَها وتَبَرَّعَ بالإنْفَاق عليها، فذاك، وإن أراد الرُّجُوعَ، فلينفقْ بإذْنِ الحاكم[٣]، فإنْ لم يجدِ الحاكمَ، أشْهَدَ كما ذكرنا في نَظَائره.

---

(١) تقدم. (٢) سقط في: ب.

(٣) والإنفاق شرط، وهو أن ينفق عليها قدر ما لا يأتي على الثمن، فإن كان يأتي عليه. قال الشافعي: باعها وعرف الثمن، وفيه وجه اخترناه ليس عليه التعريف كما ليس عليه في الشاة. قاله ابن كج في التجريد، وكذا قال أبو القاسم بن القفال في التقريب. قال الشافعي في كتاب اللقطة الكبير: ولا يكون للسلطان أن يأذن له أن ينفق عليها إلا اليوم واليومين وما أشبه ذلك مما لا يقع من عينها موقعاً إذا جاوز ذلك أمره ببيعها.

الثانية: إِذَا أرادَ البَيْعَ، فإن لَمْ يَكُنْ حاكمٌ، آستقلَّ به، وإنْ كانَ، فأظْهَرُ الوجهَيْنِ، وبه قال الشيخُ أبو حامدٍ، أنَّه لا بُدَّ من آستئذانه.

ووجه الثاني: أنَّ المُلْتَقِطَ نابَ عن المالِكِ في الحِفْظِ، فكذلك في البَيْعِ، وهلْ يجوزُ بَيْعُ جُزْءٍ منْها لِنَفَقَةِ الباقي؟ قال الإمام: نعم كما تباع جميعُها.

وحَكَىٰ عن شَيْخِهِ آحتمالاً أنَّه لا يجوزُ، لأنَّهُ يؤدِّي [إلى] أن تَأْكُلَ نَفْسَهَا، وهذا ما أوردَهُ الشيخُ أبو الفَرَجِ الزاز. قال: ولا يستقرض عَلَى المَالِك أيْضاً لهذا المعنى، لكنَّهُ يُخَالِفُ ما مَرَّ من هَرَبَ الجَمَّال نحوه[1].

والثَّالثةُ: إذا جَازَ له الأكْلُ، فأكَل، ففي وجُوب التَّعريف بعْده وجهان، وكذا في وجوب إفرازِ القيمةِ مِنْ مالِهِ بعْد الأكْلِ خِلاَفٌ، ونذكر المسألتين بما فيهما فيما إذا ٱلْتَقَطَ طعاماً يَتَسَارَعُ إلَيْهِ الفَسَادُ وأكلَهُ.

فَرْع:

مَهْمَا حَصلَتِ الضَّالَّةُ في يَدَيِ الحاكِم، فإنْ كان هناك حمىً سرَّحها، فيه، ووسَمَهَا بِسِمةِ الضَّوَالِّ، وَيسمُ نِتَاجَهَا أيضاً، وإنْ لم يكنْ فالقَوْلُ في بَيْع كلِّها أو بَعْضِهَا للنفقةِ علَىٰ ما سبق، لكنْ لو توقَّع مجيء المالِكِ في طَلَبِها عَنْ قُرْبٍ بأنْ عَرفَ أنَّها من نَعَمِ بَنِي فُلاَن، تأتي أيَّاماً كما يراه، هذا في غير الآدميِّ.

أمَّا الآدميُّ: فإذا وُجِدَ رَقِيقاً، نُظِرَ إن كان مُمَيِّزاً، والزَّمانُ زمانُ أَمْنٍ، لم يأْخُذْه؛ لأنَّهُ يستدل على مالِكِهِ، فَيَصِلُ إلَيْه، وإن كان غَيْرَ مميِّزٍ، والزَّمانُ زمانُ نَهْبٍ، جازَ أَخْذُهُ؛ كسائر الأموالِ، ثُمَّ يجوزُ تَمَلُّكُ العَبْدِ والأمةِ التي لا تحلّ له كالمجوسيَّةِ، والأُخت مِنَ الرَّضَاعِ.

وإن كانتْ مِمَّنْ تَحِلُّ له، فَعَلَىٰ قَوْلَيْن، كما في ٱلاستقراض[2]؛ لأنَّ التَّملُّكَ بٱلالْتقاط آقتراضٌ، فإنْ منَعْنَاه، لم يَجِبِ التعريفُ. كذلك ذَكَرَهُ الشَّيْخُ أبو حامد، وينفق

---

(١) قال النووي: الفرق بينه وبين هرب الجمال ظاهر، فإن هناك لا يمكن البيع لتعلق حق المستأجر. وهنا يمكن، فلا يجوز الإضرار بمالكها من غير ضرورة.

(٢) فيه أمران:

أحدهما: قال الجرجاني في المعاياة وصاحب الذخائر وغيره: إن كان ممن لا يحل له وظنها جاز التقاطها للحفظ والتملك، وإلا جاز للحفظ فقط، وحكى الشاشي في الحلية جواز التقاطها للتملك وجهين مطلقين. قال في الذخائر: تتحرر فيها ثلاثة أوجه: أحدها: يجوز، والثاني: لا يجوز والثالث: يفرق بين أن يكون من لا تحل أو لا.

الثاني: أطلق الكلام في التقاط الأمة والماوردي وغيره وقدره بالصغيرة. قاله في الخادم.

على الرَّقيقِ مُدَّةَ الحِفْظ منْ كَسْبِه، وما يبقَىٰ من الكَسْبِ يُحْفَظُ مَعهُ، فإنْ لم يكنْ له كَسْبٌ، فعلَىٰ ما سبَقَ في النَّوْع الثَّانِي منْ غَيْر الآدميِّ. وإذا بِيعَ، ثم ظهرَ المالِكُ، وقال: كُنْتُ أَعْتَقْتُهُ: فأظهرُ القولَيْنِ: أنَّهُ يُقْبَلُ قَوْلُه، ويُحْكَمُ بفَسَاد البَيْعِ.

والثَّاني: المنع، كما لو بَاعَ بِنَفْسِهِ.

الضَّرْبُ الثَّانِي منَ المَالِ: الجمادُ، ويَنْقَسِمُ إِلَىٰ ما لا يَبْقَىٰ، بلْ يتسارعُ إلى الفَسَادِ، كالمَرِيسَةِ، وإلَىٰ ما يبقى بمعالجةٍ؛ كالرُّطَب يجفَّف، أو بغير معالجةٍ؛ كالذهبِ والفضةِ والثيابِ، فهذه ثلاثةُ أقْسَام، وهي بأسرها لُقَطَةٌ مأخُوذَةٌ متملَّكة، لكنْ فيما لا يبقَىٰ أو يبقَىٰ بمعالجةٍ مزيد كلامٌ نذْكرُه في الباب الثاني، لأنَّهُ أَدْرَجَ فيه القَوْلَ في الطَّعَام الَّذي يَفْسُدُ.

القِسْمُ الثَّانِي: ما لَيْسَ بمالٍ، كما إذا وَجَدَ كَلْباً يُقْتَنَىٰ، فمَيْلُ الإمام[1] والمُتَلَقِّينَ منه إلى أنَّهُ لا يُؤْخَذُ إلاَّ علَىٰ قَصْدِ الحِفْظِ أبداً؛ لأنَّ الاخْتِصَاصَ به بالعِوَضِ ممتنعٌ، وبلا عِوَضٍ يخالفُ وضْعَ اللُّقَطَةِ.

وقال أكثرهم يُعَرِّفُهُ سَنَةً، ثم يختصُّ وينتفع به، فإنْ ظهر صَاحِبُهُ بعْدَ ذَلِكَ، وقد تَلِفَ، لَمْ يضمَنْهُ، وهلْ عليه أجرةُ المِثْلِ لمنفعةِ تلْكَ المُدَّة؟ فيه وجهان بنَاءً علَىٰ جوازِ إجارةِ الكلب، وهذا ما أورده في الكتابِ، لكنَّ الّلائقَ بهذا الجَوَابِ ألاَّ يَأْخُذَ المالَ في حدِّ اللُّقَطَةِ، وقد أَخَذَهُ؛ حَيْثُ قال: «وهِيَ كلُّ مالٍ مُعَرَّضٍ للضَّيَاع» ولا في حدِّ الالتقاط، وقد أَخَذَهُ؛ حيث قال[2]: «فهو عبارةٌ عَنْ أَخْذِ مالٍ ضائع».

وقوله: «وذلك ظاهرٌ في كلِّ جماد وحيوانٍ صغيرٍ أراد به أنَّ ما ذكرناه في حدِّ اللُّقَطَةِ ظاهرُ الحُصُولِ في الجماد، والحيوانِ الصَّغير وُجِدَ في العَامِرِ أو الغَامِرِ، ويجوزُ أنْ يُعْلَمَ لَفْظُ «الحيوانِ الصغير» بالواو؛ للوجه المَنْقُولِ عن صاحبِ «التَّقْرِيب» أنَّهُ إذا وُجِدَ في العُمْرَان، لم يُلْتَقَطْ. وقولُه: «لِوُرُودِ الخبر فيه» المراد منه الخَبَرُ الواردُ في الإِبِلِ، والبَقَرُ والحِمَارُ مُلْحَقَانِ به لم يرد فيهما خبرٌ.

---

(١) ما حكاه عن الإمام فيه إطلاق، فإنه قيد المسألة بما إذا صادفه العمران وقلنا: يجوز التقاط الحيوان فيه. قال ابن الرفعة: وتقييده بذلك يقتضي أن القائل بجواز التقاطه هو من جواز التقاط الحيوان المملوك في البلد وهو أبو إسحاق. وقال في الذخائر: قول الإمام إن الاختصاص به بغير بدل مخالف وضع اللقطة ممنوع إذا قلنا بجواز إجارته غرمه بدل المنافع؛ لأنها المقصود منه، وقد فوتها فكان كفوات العين، وإن قلنا: لا يجوز فلا نسلم أن وضع اللقطة غرم البدل على الإطلاق، بل إنما يكون ذلك فيما لو بدل وما لا بدل فلا، بل مقتضاه رد العين إلى ربها إذا حضر إن كانت باقية.

(٢) سقط في: ب.

وقولُه: فَقَدْ قِيلَ: إنّه يلتَقِطُه» هو أظهر الوجْهَيْن في المَسْألة، ويجوزُ إعلامُه، فقَدْ قِيلَ بالواو؛ لما سبق من القَطْع بالجوازِ في طريقة، وبالمَنْعِ في أخْرَىٰ، ثم اَعْتَبَرَ الأئمَّةُ في اللُّقطةِ أمُوراً لم يتعرَّضْ لها في الكِتَابِ.

أَحَدُهَا: أنْ يَكُون شَيْئاً ضاعَ عَنْ مالكه لسقوطٍ أو غَفْلَةٍ، فأمَّا إذا ألْقَتِ الريحُ ثَوْباً في حجْرِه، أو ألقَىٰ إلَيْهِ رَجُلٌ في هَرَبِهِ كيساً، ولم يَعْرِفْ مَنْ هُوَ، أو ماتَ مورِّثُه عَنْ ودائع، وهو لا يَعْرِفُ مُلاَّكَها، فهو مالٌ ضائعٌ يُحْفَظُ ولا يُتَمَلَّكُ.

ولو وَجَدَ دَفِيناً في الأرْضِ، فالقَوْلُ في أنَّه رِكَازٌ، أو لُقَطَةٌ، كَمَا مَرَّ في الزكَاة.

والثَّاني: أنْ يُوجَدَ في مَوَاتٍ أو شارع أو مسجدٍ، أمَّا، إذا وُجِدَ في أرْضٍ مملوكةٍ، قال في التَّتِمَّة: لا يُؤْخَذُ للتملّك بَعْد التَّعْريف، لكنّه لصاحبِ اليَدِ في الأرْض، فإنْ لم يَدَعْهُ، فلِمَنْ كانت في يده قَبْلَه، وهكذا إلىٰ أن ينتهِيَ الأمْرُ إلى المُحْيِي، فإنْ لم يدَعْهُ، فحينئذ يكونَ لُقَطَةً.

والثالثُ: أنَّهُ يوجد في دَارِ الإسْلاَم، أو في دَارِ الحَرْبِ وفيها مسلمون، أمَّا إذا لم يكنْ فيها مسلم مما يُوجَدُ فيها غنيمةٌ؛ خُمُسُهَا لأهلِ الخُمُس، والباقي للواجِدِ، ذَكَرَهُ صاحبُ «التهذيب» وغيرُه، وَحَكَمَ صاحبُ الكتابِ في «السِّيَرِ» بأنَّ اللُّقَطَةَ التي تُوجَدُ في دارِ الحَرْبِ لآخِذِهَا مُطْلَقاً، وسيأتِي الشَّرْحُ علَيْه إن شاءَ اللَّهُ تَعالَىٰ.

البَابُ الثَّانِي فِي أَحْكَام اللُّقَطَةِ

قَالَ حُجَّةُ الإِسْلاَمِ قَدَّسَ اللَّهُ رُوحَهُ: وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: الأَوَّلُ: حُكْمُ الضَّمَانِ وَهُوَ أَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِ مَنْ قَصَدَ أَنْ يَحْفَظَهَا أَبَداً لِمَالِكِهَا، مَضْمُونٌ مَغْصُوبٌ فِي يَدِ مَنْ أَخَذَهَا عَلَىٰ قَصْدِ الاخْتِزَالِ، وَمَنْ أَخَذَهَا لِيُعَرِّفَهَا سَنَةً ثُمَّ يَتَمَلَّكَهَا فَهِيَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ فِي السَّنَةِ، فَإِذَا مَضَتْ وَكَانَ عَزْمُ التَّمَلُّكَ مُطَّرِداً صَارَ مَضْمُوناً وَإِنْ لَمْ يَجْرِ بَعْدُ حَقِيقَةُ التَّملُّكِ فَإِنَّهُ صَارَ مُمْسِكاً لِنَفْسِهِ، وَلَوْ أَخَذَ عَلَىٰ قَصْدِ الأَمَانَةِ ثُمَّ قَصَدَ الخِيَانَةَ وَلَمْ يُحَقِّقْ فَفِي تَأْثِيرِ مُجَرَّدِ القَصْدِ فِي التَّضْمِينِ خِلاَفٌ (و) كَانَ مُجَرَّدُ قَصْدِ المُوَدَعِ فِي دَوَامِ يَدِهِ لاَ يُؤَثِّر لِأَنَّهُ مُسَلَّطٌ مِنْ جِهَةِ المَالِكِ، ثُمَّ مَهْمَا صَارَ ضَامِناً فَلَوْ عَرَّفَ سَنَةً لَمْ يَتَمَلَّكْهُ بَعْدَهَا، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَتَمَلَّكِ لِأَنَّ التَّحْرِيمَ لَمْ يَتَمَكَّنْ مِنْ عَيْنِ السَّبَبِ، وَإِنَّمَا المُحَرَّمُ القَصْدُ وَلَمْ يَتَحَقَّقْ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقْصُودُ البابِ بيانُ أَحْكَامِ الالْتقَاطِ الصَّحيح، فمنها حكْمُه فيما يرْجِعُ إلى الأمانةِ والضَّمَانِ، وعلَىٰ هذا وَنَحْوِهِ يُحْمَل قَوْلُهُ في الكِتَابِ الأوَّلِ حُكْم الضمان، وإلاَّ، فلَيْسَ حكْمُ مجرَّدِ الالتقاط الضَّمان، [بل هُوَ إلَى الأمانَةِ أقربُ،

ويختلفُ حكْمُهُ في الأمانةِ والضَّمان][1] بِحَسَب قَصْدِ الآخذِ، وَلَهُ أحوالٌ:

إحداها: أنْ يَأْخُذَهَا ليحفظها أَبَداً، فَهِيَ أمانةٌ في يدِهِ، وَلَوْ دَفَعها إلى الحاكِم، لَزِمَه القَبُولُ؛ بخلافِ الوديعةِ، لا يَلْزَمُه القبولُ على أحد الوجْهَيْن[2]؛ لأنَّه قادر على الرَّدِّ إلى المَالِكِ، وكذا مَنْ أخذَ، للتَّملُّكِ، ثُمَّ بَدَا لَهُ، ودَفَعَها إلى الحاكِم، يلزَمُه القَبُولُ، وهَلْ يجبُ التعريفُ، إذا قَصَدَ الحِفْظَ أبداً؟ فيه وجهان مذْكُورانِ من بعْدِ فإنْ لم يجِبْ، لم يضمنْ بتركه وإذَا بَدَا له قَصْدُ التملك، عَرَّفَهَا سَنَةً من يومئِذٍ، ولا يُعْتَدُّ بما عرَّف من قَبْلُ، وَإِن أوجبناه، فهو ضَامِنٌ بالترك[3] حتى لو ابتدأ بالتعريف بعد ذلك، فهَلَكَ في سَنَةِ التعريفِ، ضَمِنَ.

الثانيةُ: أنْ يَأْخُذَ علَىٰ قَصْدِ الخيانَةِ والاَختزال، فيكُون ضَامِناً غاصِباً، وفي براءتِهِ بالدَّفْعِ إلى الحاكم وجْهَان، كما في الغاصب فلو عَرَّف بعد ذلك، وأراد التَّملُّكَ، فجَوَابُ أكثرِهم، وبهِ قَطَعَ الشيخُ أبو محمَّد؛ أنَّه لا يُمَكَّنُ منه، كما أنَّ الغاصِبَ لَيْسَ له التَّمَلُّكُ، وعنْ روايةِ الشَّيْخِ أبي علي وجْهَان: هذا أحَدُهُما.

والثاني: أنَّ لَه التَمَلُّكَ؛ لوجُودِ صُورة الالتقاط والتَّعْريف.

الثالثة: أن يَأْخُذَها؛ ليُعَرِّفَها سَنَة ويتملَّكَهَا بعْد السَّنةِ، فهِيَ أمانةٌ في السَّنَةِ، وأمَّا بعدَ السَّنَةِ فقد ذكرَ صاحبُ الكتَابِ أنَّها تصِيرُ مضمونةً علَيْه، إذا كان عزم التملك مُطَّرِداً، وإنْ لم تجر حقيقَته؛ لأنَّهُ صارَ مُمْسكاً لنَفْسِه، فأشبَه المُسْتَامَ، ولا يخفَىٰ أوَّلاً أنَّ هذا مَبْنِيٌّ علَىٰ أنَّ اللُّقَطَةَ لا تُمَلَّكُ بمضيِّ السَّنَةِ، فإنْ قلْنا: تُمَلَّك فإن تَلَفتْ تلفتْ منه لا محالةَ، ثم لم يوافقْهُ النَّقَلَةُ علَىٰ ذلك، بل صرَّح، ابنُ الصَّبَّاغ وصاحبُ «التهذيب» بخلافِه، وقالوا: إنَّها أمانةٌ، إذا لم يختر التملُّكُ قصْداً، أو لفظاً إذا اعتبَرْنا اللَّفظَ، كما كانَتْ قَبْل الحَوْل، نعم، إذا اختار، وقلْنا: لا بدَّ من التصرُّفِ، فحينئذ يكون مضموناً علَيْه؛ كالقرض، وقد يُعْتَرَضُ عَلَىٰ ما ذكره من التوجْيه؛ بأن قد تَغَيَّر القَصْدُ إلى الحفظ ما لم يتملك، فلا يكونُ ممسكاً لنَفْسِه، ولو كان قَصْدُ التَّملُّك يجعله ممسكاً لنفسه، لزم أن يكونَ الذي لا يَقْصِد بالتَّعْريف إلا تحقيقَ شَرْطِ التملُّكِ مُمْسِكاً لِنَفْسِهِ في مدةِ السَّنَة أيضاً، وإذا أَخَذَ علَىٰ قَصْدِ الأمانةِ، ثم قَصَدَ الخيانةَ، فأصحُّ الوجْهَيْن أنَّهُ لا يَصِيرُ المالُ

---

(١) سقط في: ب.

(٢) قال في الخادم: قضيته أنه لا يجب هنا إشهاد ولا إعلام القاضي لكن سبق في الكلام على الإشهاد ما يخالفه، وما أطلقه من الدفع إلى الحاكم محله في الآمين ـ فإن لم يكن فدفعه إليه كان ضامناً قطع به القفال في الفتاوى، وهو ظاهر، ومقتضى تخصيص الرافعي الدفع إلى الحاكم عدم مجيئه في غيره، وقد حكاه فيما بعدُ عن ابن كج وبه صرح القفال في فتاويه. انتهى.

(٣) كذا أطلق وهو ظاهر فيما إذا تركه بغير عذر، فإن رأى المصلحة في الترك فلا وجه للتضمين.

مضموناً علَيْه بمجرَّد القَصْدِ كالمودع. **ووجه الثاني**: أنَّ سبَبَ أمانَتِهِ مجرَّدُ نيَّتِهِ، وإلاَّ، فَأَخْذُ مالِ الغَيْرِ بغيرِ رِضَاهُ ممَّا يقتضِي الضَّمَانَ؛ بخلافِ المودَعِ، فإنَّه مُسلَّطٌ مؤتَمَنٌ من جهةِ المالِك، علَىٰ أنَّ في المُودَعِ ـ أيضاً ـ وجْهاً أنَّهُ يضْمَنُ بمجرَّد القَصْدِ، وقدْ ذكَره في الكتابِ في باب «الوَدِيعةِ». ويجوزُ أنْ يُعْلَمَ؛ لذلك قولُه ههنا: «لا يُؤَثِّرُ» بالواو.

وإذا قلْنا بالظَّاهِر، فلو أخَذَ الوديعةَ علَىٰ قَصْدِ الخيانةِ في الابتداء، ففي كونِه ضَامِناً وجهان، ومهمَا صَار المُلْتَقِطُ ضامِناً في الدَّوام، إمَّا بنفسِ الخيانةِ، أو بقَصْدِها، ثم أقْلَعَ وأرادَ أن يُعَرِّفَ، ويتملك، فوجهان:

أحدُهُمَا: المَنْعُ؛ لأنَّهُ صار مَضموناً علَيْه بتعدِّيه، والأمَانةُ لا تَعُودُ بترك التعدِّي.

ووجهُ الثاني: أنَّ ٱلتقَاطَهُ في ٱلابْتداء وقع مُفِيداً للتملُّك، فلا يَبْطُلُ حُكْمُه بتَفْرِيطٍ يطرأ، وهذا أصَحُّ عنْد صاحبِ «التهذيبِ»، لكنَّ إيراد، الكتابِ يُشْعِرُ بتَرْجِيحِ الأوَّل، ويَؤيِّدُه أنَّهم شَبَّهُوا الوجْهَيْن في المسألة بالوجْهَيْن فيما إذا أنشأ سَفَراً مُبَاحاً، ثم غَيَّر قَصْدَه إلَىٰ معْصِيَةٍ، هل يترخص؟ ومَيْلُ الأصحابِ إلى منع الترخص أشدُّ، وقد خَطَر فيما ذكروه من التشبيه بحثانِ:

أحدهما: أن الوجْهَيْنِ في أنَّه، هَلْ يترخَّصُ مفروضان فيما إذا كَانَ مُقِيماً على قَصْد المعْصِيَةِ، فأمَّا إذا طرأ قصْدُ المَعْصِيَةِ، ثم تاب، يثبت الترخص، سواءٌ ٱعتبَرْنَا الحال أو ابتداءَ السَّفَر، والوجهان ههنا فيما إذا تَرَكَ الخيانةَ، وأراد التعريفَ والتملُّكَ، فلا يتَّضِحُ التشبيهُ.

الثاني: قضيَّة هذا التَّشْبِيه ثبوت الخلافِ في عَكْسِه، وهو أنْ يقصد الخيانَةَ، ثم يتركه، ويُرِيدَ التملُّكَ، كما رواه الشَّيْخُ أبو عليٍّ؛ تشبيهاً بما إذا أنشأ السَّفَرَ عَلَىٰ قصْد المعْصِيَة، ثم تابَ، لكنَّ الظاهرَ ثُبُوتُ الرُّخْصَة من حِينئِذٍ، وههنا اتَّفَقُوا علَىٰ أنَّ الظَّاهِرَ أنَّه لا يتملَّك. وقوله في الكتابِ: «لأنَّ التَّحْرِيمَ لم يَتَمَكَّنْ من عَيْنِ السَّبَب، إنَّمَا المُحَرَّمُ القَصْدُ، معناه أن سبَبَ التمكن هُو ٱلٱلْتقاطُ، والتعريفُ غيرُ محرَّم، وإنَّما المُحَرَّمُ ما قصده ولم يتصلْ بقصده تحقيق، وهذا التوجيهُ مخصُوصٌ بما إذا كان الطَّارِىءُ قَصْدَ الخيانةِ، لا نَفْسُ الخيانة، ولصاحِبِ الوَجْهِ الأوَّلِ أنْ يَمْنَعَ ذلك، ويَقُولَ قَصْدُ الخيانةِ يكْسُو الإمساكَ صفَةَ العُدْوَان كما في الابتداء.

الحالةُ الرابعةُ: أنْ يَأْخُذَ اللُّقَطَةَ، ولا يَقْصِدَ خيانةِ ولا أمانة فلا تكون مضمونةً علَيْه، وله التملُّكُ بَشرطه.

قال الإِمَامُ: وكذا لو احتمر أَحَدَهُمَا، ونَسِيَ ما أضْمَرَهُ، [واللَّه عزَّ وجلَّ أعْلَمُ].

قَالَ الغَزَالِيُّ: الحُكَمْ الثَّانِي: التَّعْرِيفُ، وَهُوَ وَاجِبٌ سَنَةً عَقِيبَ (ح) ٱلٱلْتِقَاطِ،

ويعرِّفُ كُلَّ يَوْمٍ في ٱلاٰبْتِدَاءِ، ثُمَّ كُلَّ أُسْبُوعٍ ثُمَّ كُلَّ شَهْرٍ بِحَيْثُ لاَ يَنْسَىٰ أَنَّهُ تِكْرَارٌ لِمَا مَضَىٰ. وَيَذْكُرُ فِي التَّعْرِيفِ بَعْضَ الصِّفَاتِ لاَ كُلَّهَا لِيَحْصُلَ بِهِ تَنْبِيهُ المَالِكِ، وَلاَ يَلْزَمُهُ مُؤْنَةُ التَّعْرِيفِ إِلاَّ إِذَا قَصَدَ (و) التَّمَلُّكَ فَإِذْ ذَاكَ يَكُونُ سَاعِياً لِنَفْسِهِ فِي التَّعْرِيفِ، فَإِذَا قَصَدَ الحِفْظَ أَبَداً أَمَانَةً لِمَالِكِهِ فَفِي لُزُومِ أَصْلِ التَّعْرِيفِ خِلاَفٌ، وَالأَظْهَرُ لُزُومُهُ فَإِنَّهُ كِتْمَانٌ مُفَوِّتٌ لِلْحَقِّ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَعَرِّفَ فِي مَوْضِعِ ٱلاٰلْتِقَاطِ إِنْ كَانَ فِي بَلَدٍ، وَلاَ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ بِهِ فَيُعَرِّفَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ، وَإِنْ وَجَدَ فِي الصَّحْرَاءِ فَيُعَرِّفُ فِي أَيِّ بَلْدَةٍ أَرَادَ قَرُبَ أَم بَعُدَ، وَلاَ يَلْزَمُهُ أَنْ يُغَيِّرَ قَصْدَهُ فَيَقْصِدَ أَقْرَبَ البِلاَدِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مِنْ حَقِّ المُلْتَقِطِ أن يَعْرِفَ وَيُعَرِّفَ إِمَّا أَنْ يَعْرِفَ فينبغِي أَنْ يَعْرِفَ مِنَ اللُّقَطَةِ عِفَاصَها وَوِكَاءَهَا عَلَىٰ مَا وَرَدَ في الخبر المذْكُور في أوّل الكتاب.

والعِفَاصُ: الوِعَاءُ من جلْدٍ وخِرْقَةٍ وغيرِهما، وتُسَمَّىٰ الجِلْدَةُ التي تَلْبَسُ رَأْسَ القَارُورَةِ العفاص والوِكَاء: هو الخَيْطُ الَّذي يُشَدُّ به، ويَعْرِفَ أيضاً جِنْسَها؛ أَذَهَبٌ هِيَ أم فِضَّةٌ أم ثيابٌ؟ وصِفَتَهَا أهَرَوِيَّةٌ هي أم مَرْوِيَّةٌ؟ وَقَدْرَهَا بِوَزْنٍ أَوْ عَدَدٍ وإنَّما يَعْرِفُ هذه الأمُورِ؛ لِئَلاَّ تَخْتَلِطَ بمالِهِ، وَيَسْتَدِلَّ به علَىٰ صِدْقِ الطَّالبِ، إذا جاء، ويُسْتَحَبُّ تَقْييدُهَا بالكتابة. وأمَّا أن يُعَرِّف، ففيه مسائلُ:

إحداها: يجبُ تعريفُ اللُّقَطَة سَنَةً؛ لقَوْله ﷺ «عَرِّفْهَا سَنَةً».

وليس ذلك بمَعْنَى ٱستيعابِ السَّنَةِ، بل لا يُعَرِّفُ في اللَّيَالي، ولا يَسْتَوْعِبُ الأيَّامَ أَيْضاً، بلْ على المُعْتَادِ، فيعرِّف في الابتداء في كلِّ يوْمٍ مَرَّتَيْنِ في طرَفَي النَّهار، ثم في كلِّ يَوْم مَرَّة، ثم في كلِّ أُسْبُوعٍ مرَّةً أو مرتَيْنِ، ثم فيَّ كلِّ شَهْرٍ، بحَيْثُ لا ينسَىٰ أنَّهُ تَكْرَارٌ لَّما مضَىٰ. وفي وجوبِ المُبَادرة إلَيْه وجهان عن رواية الشيخ أبي عليٍّ:

أحدهما: يجِبُ؛ لأنَّ العُثُورَ على المَالِكِ في ٱبتداءِ الضَّلاَلِ أقربُ.

والثاني: لا يَجِبُ، بل المُعْتَبَرُ تعريفُ سَنَةٍ مُطْلَقاً، وبه ورَدَ الأَمْرُ، وهذا أَشْبَهُ بما أورده المُعْظَمَ. وقولُهُ في الكتابِ: «عقِيبَ ٱلاٰلْتِقَاط» ظاهرُه يُفْهِم الجوابَ بالوَجْه الأوَّلِ، وبتقديرِ أنْ يكون كذلك، فلْيَكُنْ مُعْلَماً بالواو، لكنْ يشبه أنَّهُ ما أراد ذلك؛ لأنَّه قال في «الوَسِيط»: وقْتَ التَّعْرِيف عَقِيبَ ٱلاٰلْتِقَاط، إن عزم على التَّمَلُّكِ بَعْدَ سَنَةٍ، وإن لم يعزم علَيْه أَصْلاً، أو عزمَ بعد سنين فهل يلزمُه التعريف في الحال؟ وجهان، وعلى هذا، فالمعْنَىٰ؛ وهو واجبٌ سنةٌ عَقِيبَ ٱلاٰلْتِقَاطِ، إن عزمَ على التملُّكِ بعْد سَنَةٍ من وقْتِ ٱلاٰلتقاطِ، وهلْ يجوزُ تفريقُ السَّنَةِ بأنْ يُعَرِّفَ شهْرَيْنِ، ويتركَ شهْرَيْنِ وهكذا؟ فيه وجهان:

أحدُهُمَا: وبه أجاب الإمَامُ لا؛ لأنّه إذا فَرّق لم تَظْهَرْ فائدةُ التعريفِ، فعلَىٰ هذا إذا قطعَ التَّعريفَ مُدَّةً، وجب الاستئناف.

والثانِي: وهُوَ ما أورده العراقِيُّون، والقاضي الرويانيُّ يجوزُ، كما لو نَذَر صوم سنَةٍ، يجوز التَّفْرِيقُ.

الثانية: لِيَصِفِ الملتقطُ بعض أوصافِ اللّقَطَةِ، فإنّه أَفْضَىٰ إلى الظَّفر بالمالك، وهُوَ شَرْطٌ أم مستحبٌّ؟ فيه وجهان:

أظْهَرُهَما: الثّاني، وإذا شرطْنَا، فهل يكفي ذِكْرُ الجِنْسِ؛ بأن يقول: مَنْ ضاع منه درَاهِمُ؟ قال الإمامُ: ما عنْدِي أنَّهُ يَكْفِي، ولكنْ يتعرَّضِ للعفَاصِ والوِكَاءِ، ومكانِ الالتقاط وتارِيخِهِ، ولا يستوعِبُ الصِّفَاتِ، ولا يبالِغُ فيها؛ كيلا يُعْتَمِدَها الكاذِبُ، فإنْ فَعَلَ، فَفِي صَيْرُورَتِهِ ضَامِناً وجهان: وَجْهُ المنع: أنَّهُ لا يَلْزَمُهُ الدَّفْعُ إلاَّ بالبيِّنَةِ.

ووجهُ الصَّيْرُورَةِ: أنَّهُ قد دفعه إلَىٰ مَنْ يلزمُه الدَّفْعُ [لا] إلَىٰ الوَاصِفِ.

الثالثة: إن تبرع المَلْتَقِطُ بالتَّعْرِيفِ، أو بَذَل مُؤْنَتِهِ، فذَاكَ، وإلاَّ، فإنْ أخَذَها للحِفْظِ أبداً، فإن قلْنا: لا يجِبُ التَّعْرِيفُ، والحالةُ هذه، فهو مُتَبَرِّعٌ إن عرّف.

وإن قلْنَا: يجِبُ، فلَيْسَ علَيْه مُؤنتهُ، ولكنْ يَرْفَع الأمْرَ إلى الحاكِمِ؛ لِيَبْذُل أُجْرَتَهُ مِنْ بَيْتِ المالِ، أو يَسْتَقْرِضَ على المَالِكِ، أو يأْمُرَ المتلقطَ بِهِ لِيَرْجِع، كما في هَرَب الجمَّالِ[1]، وإن أخذَها للتَّملُّكِ، واتَّصَلَ الأمْرُ بالتملُّكِ، فمؤنَةُ التعريفِ على المُلْتَقِط، وإنْ ظَهَر المالك، فَهِيَ على الملتَقِط؛ لقَصْده التملُّكَ، أو على المالِك؛ لعَوْدِ الفائدة إلَيْه؟ فيه وَجْهان:

أَظْهَرُهما: أوّلُهُما، وهو ظَاهرُ ما في الكتابِ، وإنْ قَصَدَ الأمانَة أبداً أوّلاً، ثمّ قَصَدَ التَّمْلِيكَ، ففيه الوجْهَان؛ نَظَراً إلى منتهى الأمْر ومُسْتَقَرّه.

الرابعةُ: ما ذَكرْنا مِنْ وجُوب التَّعْريفِ فيما إذا قَصَدَ التَّمَلُّكَ، أمَّا إذا قَصَدَ الحِفْظَ أبداً، فَفِي وجُوبِهِ وجْهَان: أَظْهَرُهما عنْد الإمام، وصَاحِبِ الكِتَابِ: وجُوبُهُ، وإلاَّ، فهو كتمانٌ مفوِّتٌ للحقِّ علَى المستحِقِّ.

والثاني: وهُوَ الذي أورده الأكْثَرُون: أنَّهُ لا يجِبُ، وعلّلوا بأن التعريفَ إنَّما يجبُ

---

(١) وقضيته أن ترتيب الحاكم ذلك من بيت المال إنفاق لا إقراض على المالك لكن صرح ابن الرفعة بأنه إقراض حيث قال: فإن رأى أن يقترض أجرة التعريف من بيت المال فيكون ديناً في ذمته أو يبيع جزءاً منها أو يستقرض من الآحاد أو من اللقطة.

لتَحْقِيق شَرْطِ التملُّكِ[١]. الخامِسَةُ: ليكنِ التعريفُ في الأسْوَاق، ومجامِعِ النَّاسِ، وأبوابِ المَسَاجِد عند خُرُوجِ النَّاسِ من الجماعاتِ، ولا يُعَرِّفُ في المَسَاجِدِ، كما لا يَطْلُب الضَّالَّةَ فِيهَا.

قال الشَّاشِيُّ في «المعتمد»: إلاَّ أنَّ أَصَحَّ الوجْهَيْنِ جوازُ التَّعْرِيف في المسْجِد الحرام؛ بخلافِ سائر المَسَاجد.

ثم إذا التقطَ في بَلْدَةٍ أو قرية، فلا بُدَّ من التَّعْريفِ فيها، وليكنْ أكثرُ تعريفه في البُقْعةِ والمَحَلَّةِ الَّتي وجدَ فيها، فإنَّ طَلَبَ الشَّيْءِ في موْضع إضْلالَه أكثرُ، فإنْ حضَره سَفَرٌ، فوَّض التعريفَ إلَىٰ غيرِه، ولا يُسَافِرُ بها.

وإن التقطَ في الصَّحراءِ، فعَنْ أَبِي إسْحَاق ـ رحمه الله ـ أنَّهُ، إن اجتازَتْ به قافلة، يُتْبَعُهُمْ، ويُعَرِّف فيهم، وإلاَّ، فلا فائدةَ في التَّعْريف في المواضع الخالِيَةِ، ولكنْ يُعَرِّفُ في البلدة التي يَقْصِدُهَا، إذا انتهى إلَيْها، [فإنِ بدا له الرُّجُوعُ، أو قَصَدَ بلدةً أُخْرَىٰ، فكذا يُعَرِّفُ عند الوُصُولِ إلَيْها]، ولا يُكَلَّف أنْ يُغَيِّرَ قَصْدَه، ويعدلَ إلَىٰ أقربِ البلادِ إلَىٰ ذلك الموْضِع، أو يرجع إلى حَيْثُ أنشأ السَّفَر منه، حكاه الإمامُ، وتابَعَهُ المُصَنِّفُ، ولكن ذكر المتولِّي وغيرِه أنَّهُ يعدل ويُعَرِّفُ في أقْرَبِ البُلْدان إلَيْه، وهذا إنْ كان المراد منهُ الأَحَبَّ والأولَىٰ فذاك، وإلاَّ، حَصَلَ وجْهَان في المسألة[٢].

وقوله في الكِتَاب: ولا يجوزُ له أنْ يُسَافِر به فَيُعَرِّفَ في مَوْضِعٍ آخَرَ، ففي الجواز لا يفتقرُ إلى الأمْرَيْنِ، بل يجوزُ أنْ يُسَافِرَ به، وإن لم يتبع التَّعْرِيفَ في مَوْضعٍ آخَرَ، كما لا يجوز السَّفرُ بالوَدِيعَة، ولا يجوزُ التعريفُ في مَوْضعِ آخر، وإنْ لم يُسَافرْ به.

وقولُه: «فَيُعَرِّف في أي بَلدٍ أرَاد قَرُبَ أَمْ بَعُدَ؟ غيْرُ مجرى علَىٰ ظاهره، بل هو محمولٌ عَلَىٰ البلدِ الَّذِي هو مَقْصِدُهُ.

---

(١) قال النووي: الأول أقوى وهو المختار والله أعلم.

وقال الشيخ البلقيني ما قاله الشيخ أنه الأقوى صححه في شرح مسلم وقال الشيخ جلال الدين وصححه البغوي أيضاً.

قال الزركشي: وظاهر كلام الماوردي الجزم به، قال: وسكتوا هنا عن مؤنة التعريف ونقل الإمام والغزالي أن المؤنة تابعة للوجوب إن أوجبنا التعريف على الملتقط، فالمؤنة عليه، وإلا فعلى المالك وهو ضعيف إذ لا فائدة ترجع إلى المعرف، فينبغي على الوجهين لا يلزم الملتقط في ماله. وكلام الماوردي مصرح به.

(٢) قال النووي: الأصح أنه لا يكلف العدول لكن ما قاله المتوالي هو المجزوم به في الحاوي وأنه أفتى ابن الصلاح وهو الأقرب إذ السفر بها من قطر إلى قطر استهلاك لها لا سيما مع تباعد الأقطار.

فَرْعٌ:

ليس لِلْمُلْتقطِ تَسْلِيمُ المالِ إلَىٰ غيرِهِ؛ لِيُعَرِّفَهُ إلاَّ بإذْنِ الحاكِمِ، فإن فَعَل، ضَمِنَ، قالَهُ القاضِي ابنُ كَجّ وغيْرُه. آخر: لاَ بُدَّ، وأن يكونَ المُعَرِّفُ عاقِلاً غَيْرَ مشْهُورٍ بالخَلاَعة والمُجُون، وإلاَّ، فلا يعتمدُ علَىٰ قَوْلِهِ، ولا تَحْصُل فائدةُ التَّعْريفِ[1] والله أعلم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **ثُمَّ وُجُوبُ التَّعْرِيفِ سَنَةً فِي مَالٍ كَثِيرٍ لاَ يَفْسُدُ، أَمَّا القَلِيلُ الَّذِي لاَ يُتَمَوَّلُ فَلاَ يُعَرَّفُ أَصْلاً، وَإِنْ كَانَ مُتَمَوَّلاً عُرِّفَ مَرَّةً (ح م و) أَوْ مَرَّتَيْنِ عَلَىٰ قَدْرِ الطَّلَبِ فِي مِثْلِهِ، وَحَدُّ القَلِيلِ مَا يَفْتَرُ مَالِكُهُ عَنْ طَلَبِهِ عَلَى القُرْبِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يُقَدَّرُ بِنِصَابِ السَّرِقَةِ، وَقِيلَ: الدِّينَارُ فَمَا دُونَهُ قَلِيلٌ إِذْ وَجَدَ عَلِيٌّ كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ دِينَاراً فَأَمَرَهُ ﷺ بِالاسْتِنْفَاقِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: غَرَضُ الفَصْلِ والَّذي بعْدَهُ بَيَانُ أنَّ التعريفَ سَنَةً لا يَجِبُ في كُلِّ لُقَطَةٍ، وإنَّما يجبُ عند اجتماع وصْفَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أن يكونَ المُلْتَقَطُ كثيراً، فإن كان قَليلاً، نُظِرَ؛ إنِ انتهت قِلَّتُه إلى حدٍّ يُسْقط تموُّلُهُ؛ كالحبة من الحِنْطَة، والزَّبِيبة الواحِدة، فلا تعريف [على واحدة]، وله الاستبداد به، ولَكَ أنْ تقولَ: ذِكْرُ خِلاَفٍ في أنَّ مَنْ أتْلَفَ مالاً يُتَمَوَّلُ، ما هو من قبيل المثْلِيَّات، هل يَغْرَمُهُ؟ والظَّاهرُ أنَّهُ لا يَغْرَمُهُ كما لا يَجُوزُ بَيْعهُ وَهِبَتُهُ، وحينئذٍ، فليجيءُ فيه الوجْهُ المذكورُ في أنَّ الكَلْبَ لا يجوزُ التقاطُه لِلاخْتِصَاصِ؛ لأنَّهُ يمتنعُ الاخْتِصَاصُ به بِعِوَضٍ، وبِغَيْرِ عَوضٍ كما تقدَّم.

وإنْ كانَ مُتَمَوَّلاً مع القِلَّة، فيجبُ تعريفُهُ؛ لأنَّ فاقده يَطْلُبُهُ، خلافاً لأبي حنيفةَ ومالكٍ ـ رضي الله عنهما يُعَرِّفُ؟ فيه وجهان:

أحدهُمَا: سَنَةً، لإطْلاقِ الأخْبَار، وهٰذَا أظْهَرُ عند العراقِيِّينَ.

والثاني: المنعُ؛ لأنَّ الشَّيْءَ الحقيرَ لا يدوم فاقِدُهُ علَى طلبه سَنَةً، بخلاف

---

(١) فيه أمران:
أحدها: صرح ابن الرفعة بأنه لا يشترط فيه الأمانة إذا حصل الوثوق بقوله نعم صرح الدارمي باشتراط الأمانة إذا لم يكن معه مشرف.
الثاني: ذكر أول الباب أنه لا يصح تعريف الصبي كالمجنون، وكلام الدارمي يصرح بصحة تعريفهم إذا كان الولي معهم، فإنه قال إذا وجد صبي أو مجنون أو سفيه لقطة عرفها وليهم ولا يعتد بتعريفهم إلا أن يكون الولي معهم. انتهى. وهو ظاهر بل ينبغي إذا كان الصبي مراهقاً ولم يعرف بكذب أن يعتده مستقلاً.

الخطيرِ، وهَذَا أشبهُ بٱختيار المُعْظَم، وعلَىٰ هذا؛ فأوْجُهٌ:

أحدها: ويُنْسَبُ إلى الإِصْطَخْرِيِّ، أنَّه يكفي التعريفُ مَرَّةً؛ لأنَّهُ يَخْرُجُ به عن حَدِّ الكاتِمِ، وليْسَ بَعْدَها ضَبْطٌ يُعْتَمَدُ.

والثاني: يُعَرِّفُ ثلاثةَ أيامٍ؛ لأنَّهُ رُوِيَ بعضَ الأخبارِ: «مَنِ ٱلْتَقَطَ لُقَطَةً يَسِيرَةً، فَلْيُعَرِّفْهَا ثَلاثَةَ أيَّامٍ»[١].

والثالثُ: وهو الأظهرُ أنَّهُ يُعَرِّفُ مُدَّةً يُظَنُّ في مثلِها طَلَبُ الفاقد له، فإذا غَلَبَ علَى الظَّنِّ إعْرَاضُهُ، سقط عنه التعريفُ، ويخْتَلِفُ ذلك بٱختلاف قدْرِ المَال.

قال القاضِي الرُّوَيَانِيُّ: فَدَانِقُ الفِضَّةِ يُعَرَّفُ في الحال، ودَانِقُ الذَّهَبِ يُعَرَّف يَوْماً أو يومَيْنِ أو ثلاثَةَ أيامٍ، وبِم يُفَرَّقُ بين القليل المُتَمَوَّل، وبينَ الكَثير؟ فيه أوجه:

أحدُها: عن الشيخ أبي محمَّد: أنَّهُ لا يُقَدَّرُ مقدارُه، ولكنْ ما يَغْلِبُ على الظَّنِّ أنَّ فاقدَهُ لا يُكْثِرُ أَسَفَهُ عَلَيْه، ولا يَطُولُ طَلَبُه لَهُ في الغالب، فهو قليل، وهذا أصحُّ عند المُصَنِّفِ، وصاحبِ «التتمة».

والثاني: أنَّ القليلَ ما دُونَ نِصَابِ السَّرِقَةِ، فإنَّه تافه في الشَّرْعِ، وقد قالَتْ عائشةُ ـ رَضِيَ اللَّه عنها ـ: «مَا كانَتِ الأَيْدِي تُقْطَعُ عَلَىٰ عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ في الشَّيْءِ التَّافِهِ»[٢] وبهذا قال مالكٌ وأبو حنيفةَ [رضي الله عنهما].

والثالثُ: عن رواية الماسرجسيِّ وغيرِه: أنَّ الدِّينار فما دونَهُ قليلٌ؛ لِمَا رُوِيَ أنَّ

---

(١) رواه أحمد والطبراني والبيهقي واللفظ لأحمد، من حديث عمر بن عبد الله بن يعلى عن جدته حليمة عن يعلى بن مرة مرفوعاً: من التقط لقطة يسيرة حبلاً أو درهماً أو شبه ذلك، فليعرفها ثلاثة، فإن كان فوق ذلك فليعرفه ستة أيام، زاد الطبراني: فإن جاء صاحبها وإلا فليتصدق بها، فإن جاء صاحبها فليخبره، وعمر مضعف قد صرح جماعة بضعفه، نعم. أخرج له ابن خزيمة متابعة، وروى عنه جماعات، وزعم ابن حزم أنه مجهول، وزعم هو وابن القطان أن حكيمة ويعلى مجهولان، وهو عجب منهما، لأن يعلى صحابي معروف الصحبة.
إنما قال الرافعي: روى في بعض الأخبار، لأن إمام الحرمين قال في النهاية: ذكر بعض المصنفين هذا الحديث، وعنى بذلك الفوراني، فإنه قال: فإن صح فهو معتمد ظاهر، قلت: لم يصح لضعف عمر.

(٢) رواه ابن أبي شيبة في مسنده بلفظ: إن يد السارق لم تكن تقطع، فذكره في حديث أوله: لم تكن تقطع يد السارق على عهد رسول الله ﷺ في أدنى من ثمن المجن ترس أو جحفة، وكل واحد منهما ذو ثمن، وهو في الصحيحين إلى قوله: ذو ثمن، والباقي بين البيهقي أنه مدرج من كلام عروة.
عزا ابن معن حديث عائشة هذا إلى مسلم، وليس هو فيه، إنما فيه أصله وعزاه القرطبي شارح مسلم إلى البخاري، وليس هو فيه أيضاً.

عَلِيّاً ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ وَجَدَ دِينَاراً، فَسَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: «هَذَا رِزْق والله، فَاشْتَرِ بِهِ دَقِيقاً وَلَحماً» فأكَلَ منه رسُولُ اللَّهِ ﷺ وَعَلِيٌّ وَفَاطِمَةُ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ـ ثم جَاءَ صَاحِبُ الدِّينَارِ يَنْشُدُ الدِّينارَ، فقال النَّبِيُّ ﷺ: «يَا عَلِيُّ، أدِّ الدِّينَارَ»(١).

والرابعُ: أنَّ ما دُونَ الدِّرْهَم قليلٌ، والدِّرْهَمُ فما فوقَهُ كَثِيرٌ، لما رُوِيَ عن عَائِشَةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عنها ـ أنَّهُ لاَ بَأسَ بِمَا دُونَ الدِّرْهَمِ أنْ يُسْتَنْفَعَ بِهِ»(٢) وَاعْلَمْ أنْ ما ذكرْنَاه منْ تَقْسِيم القَلِيلِ إلَىٰ مُتَمَوَّل، وغَيْرِ مُتَمَوَّل قد حكاه الإمامُ وصَاحِبُ الكتابِ، وفِي كلام الشَّيْخ أبي حَامِدٍ مَا يَدُلُّ عليه، والأكْثَرُونَ لم يتعرَّضوا له، ولكنْ قَسَّموا القليلَ إلىٰ ما لاَ يُطْلَبُ، ولا تتبعُهُ الهمةُ، وإلىٰ ما يطلبُ، ويُشْبِهُ أن يكونَ الاخْتلافُ في مجرَّد العبارة واللَّهُ أعلَمْ. وقولُهُ في الكتابِ: «وإنْ كانَ متموَّلاً عَرَفَ مرَّةً أو مرَّتَيْن» يجوز أن يُعْلَم [بالواو والحاء والميم؛ لما تقدَّم.

وقولُهُ: «إنَّهُ يتَقَدَّرُ بنصاب السَّرقة» من الألفاظِ الَّتِي أُخِذَتْ عن المُصَنِّف](٣) وَقِيلَ: الصَّوَابُ أنْ يُقَالَ: بما دُونَ نِصَابِ السَّرِقَةِ؛ [لأنَّ نِصَابَ السَّرِقَة] من حَدّ الكثير، لكنْ يجوزُ أن يُقَالَ: إنَّهُ لم يفسر القَلِيلِ به، لكن قال: يتقدَّر به، أي: هو الحدُّ الفاصِلُ فما يقعُ دونَهُ، فهُوَ قليلٌ، والحَدُّ قد لاَ يدْخُلُ في المحدود.

فِرع:

عن «التتمة»: يحلُّ التقاطُ السَّنَابِلِ وَقْتَ الحَصَاد، إنْ أَذِنَ فيه المالكُ، أو كانَ قَدْرَ ما لا يَشُقُّ علَيْه التقاطُهُ، وإنْ كانَ يُلْتَقط بنَفْسِه لَوِ اطَّلَعَ عَلَيْهِ، وإلاَّ، لم يَحِلَّ والله أعلم(٤).

---

(١) رواه أبو داود من حديث عبيد الله بن مقسم عن رجل عن أبي سعيد نحوه، ورواه الشافعي عن الدراوردي عن شريك بن أبي نمر عن عطاء بن يسار عنه، وزاد: أنه أمره أن يعرفه فلم يعرف، ورواه عبد الرزاق من هذا الوجه، وزاد: فجعل أجل الدينار وشبهه ثلاثة أيام، وهذه الزيادة لا تصح، لأنها من طريق أبي بكر بن أبي سبرة وهو ضعيف جداً ورواه أبو داود أيضاً من طريق بلال بن يحيى العبسي عن علي بمعناه، وإسناده حسن، وقال المنذري: في سماعه من علي نظر، قلت: قد روي عن حذيفة ومات قبل علي، ورواه أبو داود أيضاً من حديث سهل بن سعد مطولاً، وفيه موسى بن يعقوب الزمعي مختلف فيه، وأعل البيهقي هذه الروايات لاضطرابها ولمعارضتها لأحاديث اشتراط السنة في التعريف؛ لأنها أصح، قال: ويحتمل أن يكون إنما أباح له الأكل قبل التعريف للاضطرار. قاله في التلخيص.

(٢) قال الحافظ في «التخليص (٣/ ٧٧): لم أجده.

(٣) سقط في: ب.

(٤) ما أطلقه من حل الالتقاط مشكل وينبغي تخصيصه بالفقير وأهل الزكاة، وفي جوازه للأغنياء نظر، =

قَالَ الغَزَالِيُّ: أَمَّا مَا يَفْسُدُ كَالطَّعَامِ فَقَدْ قَالَ ﷺ: «مَنِ ٱلْتَقَطَ طَعَاماً فَلْيَأْكُلْهُ»، وَفِي مَعْنَاهُ الشَّاةُ فَإِنَّهُ طَعَامٌ يَحْتَاجُ إِلَى العَلَفِ، وَفِي الجَحْشِ وَصِغَارِ الحَيَوَانَاتِ الَّتِي لاَ تُؤْكَلُ خِلاَفٌ، فَقِيلَ: لاَ يَلْتَحِقُ بالشَّاةِ لِأَنَّ التَّسَاهُلَ فِي الطَّعَامِ أَكْثَرُ، ثُمَّ فِي وُجُوبِ التَّعْرِيفِ بَعْدَ أَكْلِ الطَّعَامِ خِلاَفٌ (و)، وَإِنْ وَجَدَ طَعَاماً فِي بَلَدٍ فَقَدْ قِيلَ: يَبِيعُهُ وَيُعَرِّفُ ثَمَنَهُ لِأَنَّ ذَلِكَ فِي الصَّحْرَاءِ غَيْرُ مُمْكِنٍ، وَقِيلَ بِخِلاَفِهِ لِعُمُومِ الخَبَرِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الوَصْفُ الثاني: أن يَكُونَ شَيْئاً لا يَفْسُدُ، أَمَّا مَا يَفْسُدُ، فضَرْبان:

أحدُهُما: أنَّه لا [يمكِنُ] إبقاؤه كالهَرِيسَةِ والرُّطَبِ الذي لا يتتمر والبُقُول، فإنْ وجَده في بَرِّيَّةٍ، فهو بالخيارِ بَيْن أنْ يبيعَه، ويأْخُذَ ثَمَنَه، وبين أن يتملَّكَهُ في الحالِ، فيَأكله، ويَغْرَمَ قيمتَهُ، كما ذكرنا في الشَّاةِ، وحيث يجدُها إلاَّ أنَّ في الشاةِ خَصْلةً أخرَىٰ، وهي إمْسَاكُهَا، وهو متعذِّرٌ ههنا وقد رُوِيَ أنه ﷺ قال: «مَنْ وَجَدَ طَعَاماً، فَلْيَأْكُلْهُ، وَلا يَعَرِّفْهُ»[1].

وإن وجَدَه في بَلْدَةٍ أو قَرِيَةٍ؟ ذهَبَ المُزَنِيُّ إلَىٰ أنَّ المسألةَ على قَوْلينِ:

أحدُهَمَا: وهو اختيارُ المُزَنِيِّ: أنَّه ليس له الأكْلُ؛ بل يبيعُه، ويأخذ ثمَنَه لمالكه؛ لأنَّ البيعَ متيسِّرٌ في العُمْرَان.

والثَّاني: أنَّه كما لو وَجَد فِي الصَّحْرَاءِ؛ لإِطْلاَق الخبر، وهذا أَرْجَحُ عند عامَّة الأصْحَابِ، ومنْهُمْ من قطَع به، وقَضِيَّتُهُ ترجيحُ القَوْل بجواز أكْلِ الشَّاةِ، إذا وُجِدَتْ في الصَّحْراء، كما ذكَرَه الشيخُ أبو حامِدٍ، ويمكن أن يُفَرِّقَ بينهما بأنَّ الطَّعامَ قَدْ يَفْسُدُ إلَىٰ أن يظْفَر بالمُشْتَرِي، فتمسُّ الحاجة إلَىٰ أكْلِه، والشَّاةُ بخلافه.

إذا قلْنا: لا يجوزُ الأكْلُ، فلو أخذه لِلأكْلِ، كان غَاصِبَاً، وحيث جَوَّزنا الأكْلَ،

= فإن الزكاة تعلقت بجميع السنابل والمالك مأمور بجمعها، وإخراج نصيب الفقراء وهو لو أراد التصرف فيها قبل التصفية، وإخراج الزكاة لم يجز كما لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في المشترك بغير إذن الشريك. ولا شك أن الفقراء شركاء لرب المال، وحينئذٍ فكيف يصح إعراض المالك عن السنابل، ولعل ما ذكره محمول على مقدار لا يجب فيه الزكاة أو على ما إذا كانت أجرة جمعها تزيد على ما يحصل منها.

(١) قال الحافظ في التلخيص: هذا حديث لا أصل له، قال المصنف في التذنيب: هذا اللفظ لا ذكر له في الكتب، نعم قد يوجد في كتب الفقه، بلفظ أنه قال: من وجد طعاماً أكله ولم يعرفه، قال: والأكثرون لم ينقلوا في الطعام حديثاً بل أخذوا حكم ما يفسد من الطعام من قوله: إنما هي لك أو لأخيك أو للذئب، وعكس الغزالي القضية فجعل الحديث في الطعام، ثم قال: وفي معناه الشاة، وقال ابن الرفعة لم أره فيما وقفت عليه من كتب أصحابنا.

فأَكَلَ، ففي وجوبِ التَّعريفِ بعْدَه وجهان:

أصحُّهُمَا: الوُجُوبُ، إذا كان في البَلَد، كما أنَّه، لو بَاع، يُعَرِّف، وإذا كان في الصَّحْراء قال الإمامُ: الظَّاهِرُ أنَّه لا يجب؛ لأنَّه لا فائدةَ فيه فِي الصَّحْرَاءِ، وإذَا تأخَّر بعد العُثُور علَىٰ المستحِقِّ، وهلْ يجِبُ إفراز القيمةِ المَغْرُومةِ مِنْ ماله؟ فيه وجهان ـ ويُقَالُ: قولان:

أظْهَرُهُمَا: لا؛ لأنَّ ما في الذمَّة لا يُخْشَىٰ هلاكُه، وإذَا أفْرَز، كان المُفْرَزُ أمانةً في يده، وربَّما ٱحْتُجَّ له بالقياسِ علَىٰ ما إذا أكلَ الشَّاة؛ حَيْثُ لا يجبُ إفرازُ القيمةِ؛ لأنَّ هناك طَرِيقَةً قاطعةً بالمنْعِ.

والثاني: أنَّهُ يَجِبُ ٱحْتِيَاطاً لصَاحِب المالِ؛ لتَقَدُّم صاحِبِ المالِ بتلْكَ القيمةِ، لَوْ أفْلَسَ المُلْتَقِطُ، وَعلَىٰ هذا، فالطَّرِيقُ أن يرفَع الأَمْرَ إلَى الحاكِمِ؛ ليقبضَ عنْ صاحِبِ المال بالقيمة؛ فإنْ لم يَجِدْ حاكماً، فهلْ للملْتَقِطِ بسلطان ٱلاَلْتقاطِ أن يُنِيبَ عنه؟ فيه ٱحتمالٌ عند الإمام، وذكر أنه، إذا أفْرَزَهَا، لم تصِرْ مِلْكاً لصاحبِ المالِ، لكنه أوْلَىٰ بتملُّكها، وبمثله أجاب المُصَنِّف في «الوسيط»، لكنَّه، لو كان كَذَٰلِكَ، لَمَا سَقَطَ حقُّه بهَلاَكِ القيمةِ المفرزة، وقد نَصُّوا على السُّقُوطِ، وأيْضاً نصُّوا على أنَّه إذا مضَتْ مُدَّةُ التعريفِ، فله أن يتملَّكَ تلك القيمةَ، كما يتملَّكُ نَفْسَ اللُّقَطَةِ، وكما يتملَّكُ الثَّمَنَ، إذَا باع الطَّعَامَ، وهَذا يقتضِي صَيْرُورَتَهَا مِلْكاً لصاحبِ اللُّقَطَةِ.

وإذا اختلفت القيمةُ يَوْمَ الأخْذُ، ويوم الأكْل، ففِي بعض الشُّرُوح أنه، إن أخَذ للأكل اعتبرت قيمته يوم الأخذ، وإن أخذ للتعريف اعتبرك قيمته يوم الأكل، وإذا اختار البيع ففِي الحاجَةِ إلَىٰ مُرَاجعةِ الحاكم ما مَرَّ في بَيْعِ الشَّاة.

الضَّرْبُ الثانِي: ما يُمْكِنُ إبقاؤه بالمُعَالَجَةِ والتَّجْفِيف، فإن كان الحظ لصاحبِهِ في بَيْعِهُ رُطَباً، بِيعَ، إلاَّ، فإنْ تَبَرَّعَ الواجدُ بالتجفيف، فذاك، وإلاَّ بِيْعَ بعضُه، واتُّفِقَ علَىٰ تجفيف الباقي.

ويخالفُ الحيوان حيْثُ يُبَاعُ جميعُه؛ لأنَّ النَّفقَةَ تَكَرَّرُ، فيؤدِّي إلَىٰ أنْ يأكلَ نَفْسَه، وهذا الضَّرْبُ الثَّاني لم يوردْهُ صاحبُ الكتابِ.

وقولُه: «من ٱلتقطَ طعاماً، فلْيَأكله[1]. . .» الحديثُ بهذه اللُّقَطَةِ لا ذِكْر له في الكُتُب، وإنَّما الذي يُرْوَىٰ ما قدَّمناه. والأكثرونَ لم يَرْوُوا في الطعام حديثاً، وإنَّما ٱقْتَبَسُوا حكمِهُ من الأحاديثِ المَنْقُولةِ في ضَالَّة الغنمِ، وصاحِبُ الكتابِ عَكَسَ القضية،

---

(١) تقدم.

فجَعَلَ الحَدِيثَ في الطَّعَام أَصْلاً، ثم قال: وفي مَعْنَاه الشَّاة.

وقوله: «فإنَّها طعامٌ» ـ أي: هِيَ في حُكْمِهِ، وقريبةٌ منه، ولذلك جاز التَّبَسُّطُ فيها في دَار الكُفْرِ جَوَازَهُ في الأطعمة. وقوله: «في الجَحْشِ وَصِغَارِ الحَيَوَانَاتِ الَّتي لا تُؤْكَل فقيل: لاَ يَلْتَحِق بالشَّاة» أي: في جواز التملُّك قبل التعريف، فإنَّ الشَّاةَ تُتَمَلَّكُ وتُؤْكَلُ.

وقوله: «فقد قيل يبيعه». أي: يتدرَّج إِلَىٰ بَيْعِه علَىٰ ما يقتضيه الحَالُ من الظُّفَرِ بالحَاكم وعَدَمِه. وقوله: «ويُعَرِّفُ ثَمَنَهُ» هكذا هو في لَفْظ الكتَاب، لكنَّ المَعْرُوفَ باتِّفَاقِ الأصحاب هُوَ المَبِيعُ دُون الثَّمَنِ، كما أنَّه إذا أَكَل، يُعَرِّف المأكول دون القيمة، أفرزها ـ أو لم يُفْرِزْهَا ـ.

ولذلك جَعَل بعضُهم، ويُعَرِّفه لثمنه؛ ليتملَّك الثَّمَنَ بعْد التعريف:

وقوله: «وقيل بخِلاَفِهِ» يعني أي: لا يتعيَّنُ البَيْعُ، ويجوزُ الأَكْلُ كما لو وُجِدَ في الصَّحْرَاء.

وٱعْلَمْ أنَّ قولَه في أوَّل الفصل السابق: «ثم وجُوب التعريف سَنَةً في مال كثير لا يفسد» يجوزُ أنْ يرادَ به ٱعتبارُ ثلاثةِ أُمُورٍ في التَّعْرِيفِ سنةً؛ وهي كونُهُ مالاً، وكثيراً، وغَيْرَ فَاسِدٍ، لكنَّه لم يفصل[1] ذلك، وإنَّمَا قَصَدَ ٱعتبارَ أمرَيْنِ: الكثرةُ، وعَدَمُ الفَسَادِ، على ما شرَحْناه. ولو أنَّه قَصَدَ الأوَّلَ لقال: أمَّا الذي لا يُتَمَوَّلُ، فلا يُعَرَّفُ، وأمَّا القليلُ مما يُتَمَوَّل، فَيُعَرِّف مَرَّةً أو مرَّتَيْنِ، هذا، وخطُّ الحقيقةِ لا يَخْتَلِفُ، [والله أعلم].

قَالَ الغَزَالِيُّ: **الثَّالِثُ: التَّمَلُّكُ وَهُوَ جَائِزٌ بَعْدَ مَضِيِّ المُدَّةِ، وَقَدْ قِيلَ: إِنَّهُ يَحْصُلُ بِمُجَرَّدِ مُضِيِّ السَّنَةِ إِذَا تَقَدَّمَ القَصْدُ، وَقِيلَ: لاَ بُدَّ مِنْ تَجْدِيدِ القَصْدِ، وَقِيلَ: لاَ بُدَّ مِنْ لَفْظٍ أَيْضاً، وَقِيلَ: لاَ بُدَّ مِنْ تَصَرُّفٍ أيضاً مُزِيلٍ لِلْمِلْكِ كَمَا فِي القَرْضِ، أَمَّا لُقَطَةُ مَكَّةَ فَلاَ يَتَمَلَّكُهَا (ح م) لِقَوْلِهِ ﷺ: لاَ يَحِلُّ لُقَطَتُهَا إِلاَّ لِمُنْشِدٍ، مَعْنَاهُ عَلَى الدَّوَامِ وَإِلاَّ لَمْ تَظْهَرْ فَائِدَةُ التَّخْصِيصِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَمْلِكُ كَسَائِرِ البِلاَدِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مِنْ أحكامِ اللُّقَطَةِ جَوَازُ التَّمَلُّكِ بعْد التَّعْرِيف، ولا فَرْقَ بين أن يَكُونَ الملتَقِطُ غَنِيّاً أو فقيراً.

وعنْد أبي حَنِيفة ـ رضي الله عنه ـ من لا تحِلُّ له الصدقةُ لا يجوزُ له التملُّكُ والارتفاقُ باللُّقَطَة، ولكنَّه، إنْ شَاء، حَفِظَها للمَالِك، وإنْ شاء، تَصَدَّقَ بها.

ومَنْ يحل له الصَّدَقةُ، إنْ شاء، تَمَلَّكَهَا، وارتفقَ بها ويكونُ متصدِّقاً على نفسِه،

---

(١) في ذ: يقصد.

وإنْ شاء، تصدَّق بها علَىٰ غيره، وإنْ شاء، حَفِظَها للمَالِك، ومهما تصدَّقَ بها، ثمَّ جاء المالِكُ، فهو بالخيار بَيْن أن يجيز صَدَقَتَه وبين أن يغرمه، ويكونُ ثوابُ الصَّدقةِ للملْتَقِطِ. وعنْ مالك ـ رضي الله عنه ـ: أنَّهُ يجوزُ للغَنِيِّ تملُّكُ اللُّقَطَةِ، ولا يجوزُ للفَقِيرِ. لنا: قوله ﷺ في حديثِ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ: «فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا، وإلاَّ، فَشَأْنَكَ بِهَا»(١). ولم يَفرِقْ بين الغنيِّ والفقير.

ورُوِيَ أنَّ أُبَيَّ بْنَ كَعْبٍ ـ رضي الله عنه ـ وجَدَ صُرَّةً فِيهَا دَنَانِيرُ، فَأَتَىٰ النَّبِيَّ ﷺ ـ فَأَخْبَرَهُ ـ فَقَالَ: «عَرِّفْهَا حَوْلاً، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا، فَعَرَفَ عَدَدَهَا، وَوِكَاءَهَا، فَٱدْفَعْهَا إِلَيْهِ، وَإِلاَّ، فَٱسْتَمْتِعْ بِهَا»(٢). وكان أُبَيٌّ ـ رضي الله عنه ـ عنده من المَيَاسِير.

وفي الفصْل مسأَلَتانِ:

إحداهما: مَنِ ٱلتقَطَ للتملُّكِ، وعَرَّفَ، ففِيهِ وجهان:

أحدُهُمَا: أنَّه يملكُ بمجرَّدِ مُضِيِّ السَّنَةِ؛ لِمَا رُوِيَ أنَّ رَجُلاً قال: يَا رَسُولَ اللَّهِ، مَا نَجِدُ فِي السَّبِيلِ العَامِرِ مِنَ اللُّقَطَةِ؟ قال: «عَرِّفْهَا حَوْلاً، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا، وَإِلاَّ، فَهِيَ لَكَ»(٣). **وأصحُّهُمَا**: أنَّه لا يملكُ ما لم يَخْتَرِ التملُّك؛ لقولِهِ ﷺ: «فَشَأْنَكَ بِهَا»(٤) فوَّض الأمْرَ إلَىٰ خِيرَتِهِ. وعلى هذا، فثلاثةُ أوجُهٍ:

أحدُها: أنَّه يَكْفِيهِ تَجْديدُ قَصْدِ التملُّكِ، ولا حاجةَ إلى اللَّفظ لأن لفظَ التملُّكِ، إنَّما يُعْتبر حَيْثُ يكون هنَاكَ إيجابٌ. وأصحهما: أنَّه لا بد من قوْله: تَمَلَّكْتُ، وما أَشْبَهَهُ؛ لأنَّه تملّكُ مالٍ بِبَدلٍ، فٱفتقر إلَىٰ اللَّفظ؛ كالتملُّك بالشِّراءِ.

---

(١) تقدم.

(٢) قال الحافظ في التلخيص: متفق على المتن من حديث أبي، والسياق لمسلم وفيه: تعيين الدنانير أنها مائة، وفيه أنه أمره أن يعرفها حولاً ثم أتاه فأمره أن يعرفها حولاً ثلاثاً وفي رواية لمسلم: عامين أو ثلاثاً وفي رواية لهما قال شعبة: سمعت سلمة بن كهيل يقول بعد ذلك عرفها عاماً واحداً، وفي رواية: عامين أو ثلاثاً، قال البيهقي: كان سلمة يشك فيه ثم ثبت على واحد، وهو أوفق للأحاديث الصحيحة.

قوله عقب هذا الحديث: وكان أبي من المياسير، هذا حكاه الترمذي عقب حديث أبي عن الشافعي قال: وقال الشافعي: كان أبي كثير المال من مياسير الصحابة، انتهى. وتعقب بحديث أبي طلحة الذي في الصحيحين حيث استشار النبي ﷺ في صدقته فقال: اجعلها في فقراء أهلك، فجعلها أبو طلحة في أبي بن كعب وحسان وغيرهما، ويجمع بأن ذلك كان في أول الحال، وقول الشافعي بعد ذلك حين فتحت الفتوح.

(٣) رواه أحمد وأبو داود والنسائي، من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

(٤) تقدم.

وثالثُها: أنَّه لا يُحْكَمُ لَهُ بالمِلْك ما لَم يتصرَّف فيه تخريجاً من القرض، فإنَّ التصرُّف باللقطة كالاسْتِقْرَاضِ، وعلَىٰ هذا، فيُشْبِه أن يجيء الخلافُ المذكورُ في القَرْضِ في أن المِلْكَ بأيِّ نَوْعٍ منَ التَّصَرُّفِ يَحْصُل. وإنَّ قَوْلَه في الكتابِ «لا بُدَّ من تَصَرُّفٍ أيضاً» مزيلٌ للملِك جوابٌ بالوجه الأظهر من ذلك الخِلاَف.

الثانية: في لُقَطَةِ «مكَّة» وحَرَمِها قولان:

أَظْهَرُهُمَا: أنَّه لا يَجُوزُ أخذُها للتملُّك، وإنما تُؤْخَذُ للحِفْظِ أَبَداً؛ لما رُوِيَ أن النَّبِيَّ ﷺ قال: «إنَّ هَذَا، الْبَلَدَ حَرَمَهُ اللَّهُ يَوْمَ خَلَقَ السَّمٰوَاتِ وَالأَرْضَ، لا يُعْضَدُ شَوْكُهُ، وَلاَ يُنَفَّرُ صَيْدُهُ، وَلاَ يَلْتَقِطُ لُقْطَتَهُ إلاَّ مَنْ عَرَّفَهَا»(١) ويُرْوَىٰ: «لاَ تَحِلُّ لُقَطَتُهُ إلاَّ لِمُنْشَدٍ» أي لمُعَرِّفٍ، والمعْنَىٰ عَلَىٰ الدَّوام، وإلاَّ، فالحكمُ في سَائِرِ البِلاَدِ كَذٰلك، فلا تظْهَر فائدةُ التَّخْصِيصِ، والمعنى فيه أنَّ مكَّة مثابةٌ للنَّاسِ يعُودُون إلَيْها مَرَّةً بَعْد أُخْرَىٰ، فربَّما يعود مَنْ أضلهَا، أو يبعث في طلبها.

والثَّاني: أنَّهَا كَلُقَطَةِ سَائِرِ البِقَاعِ، والمرادُ من الخَبَرِ أنَّهُ لا بُدَّ من تَعْرِيفها سَنَةً، كما في سائر البِلاَدِ كيْلا يُتَوهَّم أن تَعْرِيفَهَا في المَوْسِمِ كافٍ لكَثْرَةِ النَّاسِ، وبعد العَوْدِ في طَلَبِها من الآفَاقِ.

ولْيُعْلَمْ قوله في الكتابِ: «فَلاَ يَتَمَلَّكُهَا» بالحاء والميم؛ لأنَّ مذْهَبَهُمَا كالقَوْل الثاني، وبالألف لأنَّ أحمدَ يوافِقُهُما في أظْهَرِ الروايتَيْن، [واللَّهُ عزَّ وجلَّ أعلم].

قَالَ الغَزَالِيُّ: الرَّابِعُ وُجُوبُ (و) الرَّدِّ، فَمَهْمَا أَقَامَ المَالِكُ بَيِّنَةً فَإِنْ أَطْنَبَ فِي الوَصْفِ وَغَلَبَ عَلَىٰ الظَّنِّ صِدْقُهُ جَازَ الرَّدُّ، وَفِي الوُجُوبِ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ خِلاَفٌ، وَلَعَلَّ الاكْتِفَاءَ بِعَدْلٍ وَاحِدٍ أَوْلَىٰ فَإِنَّ البَيِّنَةَ قَدْ تَعْسُرُ إِقَامَتُها، فَإِنْ رَدَّ إِلَىٰ الوَاصِفِ فَظَهَرَ مَالِكٌ وَأَقَامَ البَيِّنَةَ فَإِنْ شَاءَ طَالَبَ المُلْتَقِطَ، وَإِنْ شاءَ طَالَبَ الوَاصِفَ، ثُمَّ القَرَارُ عَلَى الوَاصِفِ إِنْ لَمْ يَكُنْ قَدِ اعْتَرَفَ المُلْتَقِطُ لَهُ بِالمِلْكِ، وَلَوْ ظَهَرَ المَالِكُ بَعْدَ التَّمَلُّكِ غُرِّمَ المُلْتَقِطُ قِيمَتَهُ يَوْمَ التَّمَلُّكِ، فَإِنْ كَانَ العَيْنُ قَائِمَةً فَفِي وُجُوبِ رَدِّ العَيْنِ تَرَدُّدٌ (و)، فَإِنْ رَدَّ تَعَيَّنَ عَلَى المَالِكِ القَبُولُ، فَإِنْ كَانَتْ مَعِيبَةً وَضَمَّ إِلَيْهِ الأَرْشَ فَهَلْ عَلَيْهِ القَبُولُ أَمْ يَجُوزُ لَهُ المُطَالَبَةُ بِالقِيمَةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أَحْكَامِ اللّقَطَةِ رَدُّ عَيْنها، أو بَدَلِهَا عنْد ظُهُور مالكها، ويقَعُ الكلامُ فيه [في جُمْلَتَيْنِ.

---

(١) تقدم في محرمات الإحرام.

إحْدَاهُمَا: إذا جاءَ مَنْ يَدَّعيها، نُظِرَ؛ إنْ لم يُقِمِ البيِّنة] عَلَىٰ أنَّها له، ولا وصَفَها، لم يُرْفَعْ إلَيْه شيءٌ، إلاَّ أن يَعْلَمَ الملتقِطُ أنها له، فيَلْزَمُه الدَّفع إليه، وإنْ أقام البيِّنَةَ، رُدَّت عليه، وإنْ وصَفَها، نُظِر؛ فإنْ لم يغْلِبْ على ظَنِّ الملتقِطِ صدْقُهُ لم يدْفَعْها إلَيْه على المشْهُور، وحكى الإمَامُ تَرَدُّداً في جواز الدَّفع، وإن غَلَبَ على ظنِّه صدْقُهُ، جاز دَفْعُها إليه، وفي وجوبه وجهان نقلهما الإمامُ، وصاحبُ الكتابِ:

أحدُهما: وهو الروايةُ عنْ مالِك وأحْمَد ـ رضي الله عنهما ـ: أنَّه يجبُ؛ لأنَّ إقامةَ البيِّنةِ على اللُّقَطَةِ قد تَعْسُرُ، وقد رُوِيَ أنَّهُ ﷺ قال: «فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُها، فَعَرَّفَ عِفَاصَهَا وَعَدَدَهَا، فَأَدْفَعْهَا إِلَيْهِ»[1].

وأصحُّهما: وهو الذي يَشْتَمِلُ علَيْه كُتُبُ عامَّةِ الأصْحَاب، وبه قال أبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: أنَّه لا يجبُ؛ لأنَّهُ مُدَّعٍ، [فيحتاج إلى بَيِّنَةٍ وعلى هذا فلو قال الواصِفُ: يلزَمُكَ تسليمُها إليَّ؛ فلَهُ أن يَحْلِفَ أنَّه][2] لا يلزَمُه ذلك.

ولو قَالَ: تَعْلَمُ أنَّها مِلْكِي، فلَهُ أنْ يَحْلِفَ أنَّهُ لا يَعْلَمُ؛ لأنَّ الوصْفَ لا يفيدُ العِلْم. واختار صاحبُ الكتابِ شَيْئاً متوسِّطاً بيْن الوجهَيْن، فقال: الأوْلَىٰ أن يُكْتَفَىٰ بِعَدْلٍ واحِدٍ؛ لحُصُول الثِّقَةِ وظاهرُ المذْهَبِ خلافُه.

وإذا دَفعها إلَىٰ الوَاصِفِ، ثم جَاء آخَرُ، وأقامَ البيِّنةَ على أنَّها له، فإن كانتْ باقيةً أنْتُزِعَتْ منه، ودُفِعَتْ إلى الثاني، وإنْ تَلِفَت عنْده، فهو بالخِيَار بيْن أن يُضَمِّنَ المُلْتَقِطُ أو الوَاصِفُ، فإن ضُمِّنَ الواصِفُ، لم يرجعْ على المُلْتَقِطِ؛ للتَّلَف عنده، ولأنَّ الثانِيَ ظالمٌ بِزَعْمِه، فلا يُرْجَعُ عَلَىٰ غير ظالمِهِ، وإنْ ضُمِّنَ الملتقِطُ رَجَعَ، إنْ لم يُقِرَّ للواصِف بالمِلْكِ، وإن أقرَّ، لم يَرْجعْ؛ مؤاخذةً له بقوله، هذا إذا دفع بنَفْسِه.

أمَّا إذا ألْزَمَهُ الحاكم الدافعَ إلى الواصِفِ، لم يكُنْ لمقيم البيِّنة تضمينُه، ولو جاء الواصفُ بعدما تملَّكَ الملتقِطُ اللُّقَطَة، وأتْلَفَها، فعرَّفها له الملتَقطُ؛ لظنِّه صدْقَه، ثم جاء آخر، وأقامَ البيِّنةَ، فلَهُ مطالبَةُ المُلْتَقِطِ دُونَ الواصِفِ، لأنَّ الحاصِلَ عند الوَاصِفِ مَالُ المُلْتَقِط لا مَالُهُ، وإذا غَرِمَ المُتقِطُ، فهلْ يرجع على الواصِفِ؟ يُنْظَرُ، هل أقرَّ له بالمِلْك عند الغرامَةِ أم لا؟ كما سبق، والله أعْلَمُ. فَرْعَانِ عنْ شَرْح القاضي ابن كجٍّ ـ [رحمه الله] ـ:

أحدُهُمَا: أقامَ مُدَّعِي اللُّقَطَة شاهدَيْن عدلَيْنِ عنده، وعنْد الملتقط، وهما فاسِقَيْنِ عند القاضي، فعَنْ أبي الحَسَن وجْهان في أنَّ القاضِيَ، هل يلْزَمُه الدَّفعِ؛ لأعترافهما بعْد التهمة؟ والصحيحُ المنعُ.

---

(١) تقدم.

(٢) سقط في: ب.

الفرع الثاني: ادَّعَاهَا ٱثْنَان، وأقام كُلُّ واحدٍ بيِّنةً على أنَّها له، ففيه أقوالُ التعارُضُ(١).

الجملةُ الثانيةُ: إذا ظَهَر المالِكُ قبل تملّك الملْتَقِطِ، أخَذ اللُّقَطَة بزوائِدِهَا المتَّصلة والمُنْفَصِلَةِ، وإنْ ظهَر بعْد التملُّكِ، فَلِلُّقَطَةِ حالتان(٢):

الحالةُ الأولىٰ: أن تكونَ باقيةً عنْده، فيُنْظَر، إن بَقِيَتْ بحالها، فوجهان:

أحدهما(٣): أنَّ له أخْذَهَا، ولَيْسَ للملتقِطِ أن يُلْزِمَهُ أخْذَ بدَلِها.

والثاني: المَنْعُ، ولا شَكَّ في أنَّه، إذا رَدَّها المُتَقِطُ، وجَبَ على المالِكِ القَبُولُ، وهذا من الجانِبَيْنِ كما سَبَق في القَرْض. وإذا قلْنا بالأظهر، فلو باعَهَا الملتقِطُ بشَرْط الخيار، ثم جاءَ مالِكُها، حَكَىٰ صاحبُ «المعتمد» وجهَيْنِ في أنَّهُ، هل يُفْسَخُ العَقْدُ(٤)، ووَجَّهَ المنْع بأنَّ الفسخَ حقُّ العاقِدِ، فلا يتمكَّنُ غيرُهُ منه بغَيْر إذْنِهِ.

ورَدَّ القاضي ابن كجّ الوجْهَيْن إلَىٰ أنَّهُ، له يُجْبَرُ الملتقطُ على الفَسْخُ؟ ويجوزُ فرْضُ الوجهَيْن في ٱلانْفِسَاخ، كالوجْهَيْن فيما إذا باع العَدْلُ الرَّهْنَ بثَمَنِ المِثْلِ، فظَهَر طالبٌ [في مجلس العقْدِ] بزيادةٍ، وإن حَدَثَتْ في اللُّقْطَةِ زيادةٌ، فالمتَّصِلُ يتبعهُا، والمنفصلُ يُسَلَّم للملتقط، فيردّ الأصل. وإن نقَصَتْ بعَيْب أو نحوه. وقلْنا: إنَّها، لو بَقِيَتْ بحالها، لم تَكُنْ للمالِك أخْذُهَا، رجَعَ إلَىٰ بدلها سليمةً. وإن قلْنا: له أن يَأْخُذَهَا، فكذلك ههنا ويُغَرِّمُهُ الأَرْشَ؛ لأنَّ الكُلَّ مضمونٌ علَيْه لو تَلِفَ، فكذلك البعْضُ، وفيه وجه؛ أنَّهُ يقنع بها، ولا يغرمه الأرْش، وهو الذي أوْرَدَه في «التهذيب»، ولو أراد الرُّجُوعَ إلَىٰ بدلها، وقال الملْتَقِطُ: أضم إليها الأرش وأرُدُّها، فوجهان:

---

(١) سكت عما إذا وصفاها الوصف المعتبر وادعى كل واحد أنها له وحده، وحينئذٍ أن يكون كتعارض البينتين وطريق دفع الخصومة عنه بأن يقول هي لأحدكما ولا أعرفه فيجيء فيه ما في العين في يده إذا قال: هذا لمن ادعاها.

(٢) سكت عما لو يطلبها المالك هل يجب عليه الرد، قال ابن كج هنا في التجريد: إذا عرف صاحبها، فإن كان صاحبها لا يعلم أنها عنده وجب عليه حملها إليه، وإذا كان يعلم أنها عنده فهل يجب عليه حملها وجهان. انتهى.
والمتجه وجوب الإعلام وبه جزم الماوردي فقال: إذا عرف صاحبها لزمه إعلامه بها، فإن كان قبل تملكها فمؤنة ردها على مالكها وإلا فعلى الواجد.

(٣) في ب: أظهرهما.

(٤) لم يرجح فيها شيء، وصحح صاحب الانتصار أن له الفسخ لأنه إنما يكون للعاقد، ونقل عن شيخه الفارقي إذا قلنا: لا يجوز له الفسخ فطلب من الملتقط الفسخ فلم يفسخ أخذ منه البدل؛ لأنه بالبيع صارت العين كالتالفة.

أظهَرُهما: أنَّ علَى المالِك القَبُولَ؛ لأنَّ العَيْنَ النَّاقِصَةَ مع الأَرْشِ كغير الناقصة، وصَارَ كالغَاصِب.

والثَّاني: لَهُ الرجُوعُ إلى البَدَل؛ لأنَّ ما خَرَجَ عَنْ ملكه تغير عما كان، وعلَىٰ هذا؛ فهو بالخيار بين البَدَلِ والعَيْن النَّاقِصَة، إمَّا مع الأَرْشِ، أو دُونَه، كما سَبَق.

الحالة الثانِيَةُ: أن تكونَ تَالِفةً، فعلَيْه بَدَلُهَا، إمَّا المِثْلُ أو القِيمَةُ، والاعتبارُ بقيمَةِ يَوْمِ التَّمَلُّكِ.

وعن الكَرَابِيسِيِّ من أصحَابِنا: أنَّهُ لا يطالبُ بالقِيمَةِ، ولا يردّ العَيْنَ عند بقائِها، والمذْهَبُ الأوَّلُ لِمَا رُوِيَ أنَّ النَّبِيَّ ﷺ أمَرَ عَلِيّاً ـ رَضِيَ اللَّه عنهُ ـ أنْ يَغْرَمَ الدِّينَارَ الَّذِي وَجَدَهُ، لَمَّا جَاءَ صَاحِبُهُ»[(١)]، وعلَىٰ هذا، فالضَّمانُ ثابِتٌ في ذِمَّتِهِ من يَوْمِ التَّلَفِ، ولولا ثبوتُهُ، لَمَا تَمَكَّنَ المالِكُ منْ طَلَبه، إذا جاء.

وعن الزياداتِ علَى الشَّرحْ لأبي إسحاقَ فيما رواه أبو الطيِّب السَّاوِيُّ أنَّه لا يثْبُتُ، وإنَّما يتوجَّه عند مجيء المالِك ومُطَالَبتِه، ويجوزُ أن يُعْلَمَ؛ لِمَا حُكِيَ عنِ الكَرَابِيسِيِّ قولُهُ في الكتابِ. «الحكْمُ الرَّابعُ: وجوبُ الرَّدِّ بالواو، [واللَّهُ تعالى أعلم].

فروعٌ متفرِّقةٌ:

إذا وَجَدَ رجُلانِ لُقَطَةً يُعَرِّفانها ويتملَّكَانِهَا، ولَيْسَ لأحدَهِما نَقْل حقِّه إلى صاحِبِه[(٢)]، كما لا يجوزُ للملْتَقِطِ نَقْلُ حَقِّهِ إلَىٰ غيره.

ولو تنازَعَا في لُقَطَةٍ، وقال كُلُّ واحِدٍ [منها]: أنَا الَّذي ٱلْتَقَطْتُهُ، وأقام علَيْه بينةً، فإنْ تعرَّضَتْ بيِّنةُ أحدهما للسَّبْق، وحُكِمَ له، وإلاَّ، فعَلَى الخلافِ لِتَعَارُض البَيِّنَتَيْنِ.

ولو ضاعتْ في يد الآخر، فأخَذَها غيرُه، فالأوَّل أحقُّ بها، وفي وجهٍ؛ الثاني

---

(١) تقدم.

(٢) فيه أمران:

أحدهما: ظاهره الاكتفاء بسنة واحدة عنهما لأنها لقطة واحدة، وهو ظاهر كلام سليم في المجرد، فإنه قال: يعرفانها فإذا مضت السنة كان لهما التمليك نصفين. وقال ابن الرفعة: هل يعرف كل واحد سنة؛ لأنه في النصف كملتقط كامل أو يكون التعريف بينهما جميعاً سنة يعرف أحدهما نصفها والآخر نصفها فيه احتمال، والأول أشبه كيلا يختلف المعرف فيشتبه الأمر. نعم لو أذن أحدهما للآخر في التعريف فالذي يظهر الاكتفاء بسنة واحدة عنهما.

الثاني: ما جزم به لو أسقط أحدهما حقه إلى صاحبه لا يسقط إليه. صرح به في التتمة ووجهه بأن حق الالتقاط مما لا يقبل النقل إلى الغير. ولهذا لو قال الملتقط لآخر جعلت حق الالتقاط لك حتى تعرف وتتملك بعد الحول لا يجوز.

أَحَقُّ[١]. ولو كانا يتماشَيَان، فرأى أحدُهُمَا اللُّقَطَةَ، فأخبر بها الآخَرَ، فأخذها، فالآخذ أولَىٰ، ولو أراه اللُّقَطَةَ، وقال هاتِهَا، فأخذها لِنَفْسِهِ، فكذلك، وإنْ أخَذَها للآمِرِ أو لنفسِهِ، فعَلى الوجْهَيْن في جواز التَّوْكِيل بالاصطياد ونحوه.

ومَنْ رأَىٰ شَيْئاً مَطْرُوحاً علىٰ الأَرْضِ، فدفعه بِرِجْلِهِ؛ ليعرفَ جِنْسَه أو قدْرَه، ثم لم يَأْخُذْهُ حتَّى ضاعَ، لم يَضْمَنْه؛ لأنَّه لم يَحْصُلْ في يده، قاله في «التتمة».

وإذا دفَعَ اللُّقَطَةَ إلى الحاكم، وتَرَكَ التَّعْرِيفَ والتَّملُّكَ، ثُمَّ نَدِمَ، وأراد أن يُعَرِّفَ وَيَتَمَلَّكَ، ففِي تَمْكِينِهِ وجْهَان، حكاهما القَاضِي ابنُ كَجٍّ[٢]. وفي «المُهَذَّب»: أنَّه إنْ وَجَدَ خَمْراً، أراقَهَا صاحِبُها، لم يَلْزَمْهُ تَعْرِيفُهَا؛ لأنَّ إراقتَها مُستَحَقَّةٌ.

فإن صارَتْ عنده خَلاًّ، فوجهان:

أحدُهُما: أنها لمن أرَاقَها كما لو غَصَبَها، فصَارَتْ خَلاًّ عنده.

والثاني: أنَّهُ للوَاجِدِ، لأنَّ الأوَّلَ أسْقَطَ حَقَّهُ منها، بخلافِ صُورة الغَصْبِ، فإنَّها حينئذ مأخوذةٌ بغَيْر رِضَاهُ، ولك أن تقول: ما ذَكَرَهُ تصويراً أو توجيهاً إنَّما يستمِرُّ في الخمر المُحْتَرَمَةِ، وحينئذٍ، فالقَوْلُ بأنَّ إراقَتها مُسْتَحَقَّةٌ ممنوعٌ أمَّا في الابتداء، فَظَاهِر، وأمَّا عند الوِجْدَان، فكذلك ينبغي أن يجوزَ إمْسَاكُها إذا خلا عن قصد فاسد ثم يشْبِهُ أن يكونَ ما ذكَرَهُ مخصُوصاً بما إذا أراقها؛ لأنَّه بالإراقَةِ مُعْرِضٌ عنها، فيكونُ كما لو أعْرَضَ عن جلد ميْتَةٍ، فَدَبَغَهُ غَيْرُه، وفيه وجْهَان مَذْكُوران في الكتابِ في «الصَّيْد والذبائح». فأمَّا إذا ضَاعت الخَمْرُ المحتَرَمَةُ منْ صَاحِبِها، فلْتُعَرَّفْ كالكَلْبِ والله أعلم[٣].

---

(١) الوجهان حكاهما ابن كج في التجريد. قال في البحر: والمشهور عند الأصحاب أن الأول أحق لتقدم يده. والثاني: أن الثاني أحق لثبوت يده.
وأطلق الرافعي الخلاف، ومحله إذا التقط الآخر قبل استكمال ملك الآخذ أما لو كان الواجد تملكها بعد البينة بالتعريف فإنه يلزمه ردها إليه بلا خلاف. قاله في الحاوي والبحر.

(٢) قال النووي: المختار المنع لأنه أسقط حقه.

(٣) قال النووي: أما قول الإمام الرافعي: يشبه أن يكون... إلى آخره، فكذا صرح به صاحب «المهذب» فقال: وجد خمراً أراقها صاحبها. وأما قوله: إن الواجد يجوز له إمساكها، فغير مقبول، بل لا يجوز وإن خلا عن القصد الفاسد. والكلام فيما إذا لم يعلم الواجد أنها محترمة، وحينئذٍ فقول صاحب «المهذب»: الإراقة واجبة - يعني على الواجد - كلام صحيح، لأن الظاهر عدم احترامها والله أعلم.
قال في الخادم: وتنزيل النووي كلام صاحب المهذب على ذلك وقول الرافعي أنه إنما يستمر في الخمر المحرمة فلا يصح فإن صاحب المهذب والعراقيين يوجبون إراقة الخمر مطلقاً محرمة=

وقد عَرَفْتَ في الباب أنَّ البعير وما في معْنَاه لا يُلْتَقَطُ، إذا وُجِدَ في الصَّحْراء، واستثنى صاحبُ «التخليص» منه ما إذا وَجَدَ بَعِيراً في أيَّام «منى» في الصَّحْراء مقلداً كما تقلَّد الهَدَايا فحكَىٰ عن نَصِّ الشَّافِعِيِّ ـ رضي الله عنه ـ أنَّهُ يأخُذُه، ويعرِّفه أيَّام «منًى» فإن خاف أن يَفُوتَهُ وقْتُ النَّحْرِ نَحره، والأَحَبُّ أن يَرْفَعَهُ إلى الحَاكِمِ، حَتَّى يَأْمُرَهُ بِنَحْرِهِ.

قال الشَّارِحُون لكتابه: إنَّه مصدَّقٌ في نقله، لكنَّ من الأصْحَاب من حكى قولاً آخر؛ أنَّه لا يجوزُ أَخْذُه علَىٰ ما هو قياسُ البَاب، ثم بَنَوْا القولَين على القولَيْن فيما إذا وَجَدَ بدَنَةً منحورةً غَمَسَ ما قلِّدت به في ذمتها وضرب به صفحة سنامِها، هل يَجُوزُ الأكْلُ منْها؟ فإنْ منَعْنَا الأكْلَ منعنا الأخذ ههنا وإنْ جَوَّزْنَا الأكْل؛ اْعتماداً على العلامة، فكذلك التقليد علامة كون البعير هَدْياً، والظاهرُ أنَّ تَخَلُّفَهُ؛ لضَعْفِه عن المسير، والأُضحِية المعينة إذا ذُبِحَتْ في وَقْتِ النَّحر، وقع المَوْقع، وإن لم يأذن صاحِبُها.

قال الإمامُ: لكنَّ ذَبْحَ الضَّحِيَّةِ المعيَّنة وإن وقع المَوْقع، لا يجوزُ الإقْدَام عليه مِن غير إذنٍ، ثم ههنا جوَّز صاحبُ «التلخيص» فيما نقل، الأَخْذَ والنَّحر، ولهذا الإشْكَالِ؛ ذهَب القَفَّالُ؛ تفْريعاً على هذا القول أنَّه يجبُ رَفْعُ الأمْرِ إلى الحاكمِ؛ لِيَنْحَرَهُ، وأَوَّلَ قَوْلَ الشَّافِعِيِّ ـ رضي الله عنه ـ وأحب ما ذكره في المسألة.

ثُمَّ لَك أن تقول: الاستثناءُ غيرُ منْتَظِم، وإنْ قلْنا: إنَّهُ يُؤْخَذُ؛ لأنَّ الأَخْذَ الممنوعَ منه إنما هو الأَخْذُ للتملُّكِ، ولا شَكَّ أنَّ هذَا البعير لا يُؤْخَذُ للتملك[1]، واللَّه عزَّ وجلَّ أعْلَمُ بالصواب.

قال حجَّةُ الإسلامِ قدَّس الله رُوحَهُ:

= وغير محرمة كما سبق بيانه في باب الغصب وحينئذٍ فالشيخ بنى ذلك على طريقه فلا يستقيم التفصيل على طريق العراقيين فإن ذلك خلط طريقه بطريقه، ويؤخذ من كلام المهذب أن الخمر المراقة لا يحل أخذها ولا إمساكها بقصد التخليل.

(١) قال النووي: قد سبق في جواز أخذ البعير لآحاد الناس للحفظ وجهان. فإن معناه ظهر الاستثناء. وإن جوزناه وهو الأصح، ففائدة الاستثناء جواز التصرف فيه بالنحر.

كِتَابُ اللَّقِيطِ[1]، وَفِيهِ بَابَانِ

الْبَابُ الأَوَّلُ فِي الالْتِقَاطِ وَحُكْمِهِ

قال الغَزَالِيُّ: **وَكُلُّ صبيٍّ ضَائِعٍ لاَ كَافِلَ لَهُ فَالْتِقَاطُهُ مِنْ فُرُوضِ الْكِفَايَاتِ، وَفِي وُجُوبِ الإِشْهَادِ عَلَيْهِ خِيفَةَ مِنَ الاسْتِرْقَاقِ خِلاَفٌ (و) مُرَتَّبٌ عَلَى اللُّقَطَةِ، وَأَوْلَىٰ بِالوُجُوبِ، وَإِنْ كَانَ اللَّقِيطُ بَالِغاً فَلاَ يَلْتَقِطُ، وَإِنْ كَانَ مُمَيِّزاً فَفِيهِ تَرَدُّدٌ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الصَّبِيُّ الموضوعُ في الطريقِ الضَّائِعُ يُسَمَّى منبُوذاً باعتبار أنه يَنْبُذُو لَقِيطاً وَمَلْقُوطاً باعتبار أنهُ يُلْقَطُ، واسْتَأْنَسُوا لِأَصْلِ الباب بِقولِهِ تَعَالىٰ: ﴿**وَافْعَلُوا الْخَيْرَ**﴾ [الحج: ٧٧] وبِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿**وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ**﴾ [المائدة: ٢] وَبما رُوِيَ عَنْ سنين أبو جَمِيلَةَ؛ أَنَّهُ وَجدَ مَنْبُوذاً، فجاءَ بِهِ إِلَىٰ عمر بْنِ الخَطَّابِ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ؛ فَقالَ: «مَا حَمَلَكَ عَلَى أَخْذِ هَٰذِهِ النَّسَمَةِ؟»، فَقَالَ: وَجَدتُّهَا ضَائِعَةً، فَأَخَذْتُها، فَقَالَ عَرِيفُهُ: يَا أَمِيرَ المُؤْمِنِينَ، إِنَّهُ رجل صَالِحٌ، فَقَالَ كَذَٰلِكَ؟ قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: اذْهَبْ، فَهُوَ حُرٌّ، وَلَكَ وَلاَؤُهُ، وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ»[2].

---

(١) اللقيط لغة: ما يُلقط أي يرفع من الأرض وقد غلب على الصبي المنبوذ، وفي الصحاح المنبوذ: الصبي الذي تلقيه أمه في الطريق.
انظر: الصحاح ٢/٥٧١، والمصباح المنير ٢/٨٥٨، والمغرب ٢/٢٤٧.
اصطلاحاً:
عرفه الحنفية بأنه: اسم لحي مولود طرحه أهله خوفاً من العيلة أو فراراً من تهمة الزنا.
عرفه الشافعية بأنه: طفل نبيذ بنحو شارع لا يعرف له مدعٍ، وطفل باعتبار الغالب وإلا فقد يكون صغيراً مميزاً.
عرفه المالكية بأنه: صغير آدمي لم يعرف أبوه ولا رقه.
عرفه الحنابلة بأنه: طفل لا يعرف نسبه ولا رقه نبذ أو ضل عن الطريق ما بين ولادته إلى سن التمييز على الصحيح من المذهب، وقيل المميز لقيط.
انظر: شرح فتح القدير ٦/١٠٩ ـ ١١٠، مغني المحتاج ٢/٤١٨، نهاية المحتاج ٥/٤٤٢، كشاف القناع ٤/٢٢٦.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ والشافعي عنه عن ابن شهاب عنه به، وزاد عبد الرزاق عن مالك: وعلينا=

وَلَمَا كَانَ التقاطُ المنبوذِ مُنَاسباً لِلُقطَةِ، وَمُشَارِكاً لَهَا فِي كثيرٍ مِن الأَحْكَامِ، وصل أَحَدَهُما بالآخَرِ، والكلامُ فيهِ كَمَا فِي اللقطة الأركانِ، والأحكامِ.

ثُم الأَحكَامُ تنقسمُ إلَىٰ ما يَطَّرِدُ، وإلَى ما لاَ يَطَّرِدُ، بلْ تَخْتَلِفُ بحَسَبِ حَالِ اللَّقِيطِ، وأَحْكَامِهِ، وفيهِ أكثرُ النَّظَرِ، فأدرجَ صاحبُ الكتابِ ـ رحمه الله ـ مقَاصَدَهُ فِي بابَيْنِ: أحدُهُما فِي الأرْكَانِ والأَحْكَامِ العامَّةِ، والثاني في أَحْكَامِ اللَّقِيطِ.

أما الأولُ: فالأرْكَانُ ثلاثةٌ:

أَحَدُهَا: فِي نَفْسِ الإلْقاطِ وَهُوَ مِنْ فُرُوضِ الكِفاياتِ[1]؛ صِيانةً للنَّفْسِ المُحْتَرَمَةِ عَن الهَلاَكِ، وفي وُجُوبِ الإشْهَادِ، إذَا أَخَذَ اللَّقِيطُ طريقان:

أحدُهُما: أنَّه عَلىٰ وَجْهَيْنِ أو قَوْلَيْنِ، كَمَّا قدمنَّاهُ فِي «اللُّقَطَةِ»، وَهُمَّا فيمَّا ذَكَرَ القَاضِي ابنُ كج علَى سَبِيلِ النَقلِ والتَخريجِ؛ لأنَّه نصَ هَاهُنا علَى الوُجُوبِ، وفي «اللُّقَطَةِ» عَلَى الاسْتِحبَابِ، وأظهَرهمَا القطعُ بالوُجوبِ بخلافِ اللُّقَطَةِ، فإنَّ المَقصُود فيها المالُ والإشهادُ في التصرفَاتِ المَاليةِ مستحبٌ، وفي اللَقيط يحتاجُ إلى حِفْظِ الحريةِ والنسبِ، فجازَ أنْ يَجِبَ الإشهَادُ عليهِ كمَّا في النكَاحِ.

وأيضاً، فاللُقَطَةُ يَشيعُ أمرُهَا بالتَعريفِ، ولا تَعريفَ في اللَقِيطِ، وقَد يُعبَر عن الطريقتين بِترتيبِ الخلافِ علَى الخلافِ في اللُقَطَةِ، بَل ذُكِرَ فِي الكِتَابِ، إنْ أوجَبْنَا

= نفقته من بيت المال، وعلقه البخاري بمعناه، وأخرجه البيهقي من طريق ابن عيينة عن الزهري أنه سمع سنيناً أبا جميلة يحدث سعيد بن المسيب قال: وجدت منبوذاً على عهد عمر، فذكره عريفي لعمر، فأرسل إليّ فدعاني، والعريف عنده، فلما رآني مقبلاً قال: عسى الغوير أبؤساً، قال العريف: يا أمير المؤمنين إنه ليس بمتهم، قال: على ما أخذت هذه النسمة؟ قال: وجدتها بمضيعة فأردت أن يأجرني الله فيها، قال: هو حر، وولاؤه لك، وعلينا رضاعه.

الأول: يقع في نسخ سنين بن جميلة، والصواب: سنين أبو جميلة وهو صحابي معروف، لم يصب من قال إنه مجهول.

الثاني: اسم العريف المذكور سنان، أفاده الشيخ أبو حامد في تعليقه.

(١) لقوله تعالى: **﴿ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً﴾** إذ بإحيائها يسقط الحرج عن الناس، فإحياؤهم بالنجاة من العذاب ولأنه آدمي محترم فوجب حفظه كالمضطر إلى طعام، بل هو أولى، وفارق اللقطة حيث لا يجب التقاطها بأن المغلب عليها الاكتساب والنفس تميل إليه فاستغنى بذلك عن الوجوب كالنكاح والوطء فيه، فلو لم يعلم بالمنبوذ إلا واحد، لزمه أخذه فلو لم يلتقطه حتى علم به غيره، فهل يجب عليهما كما لو علما معاً أو على الأول فقط؟

أبدى ابن الرفعة فيه احتمالين، وقال السبكي: يجب القطع به أنه يجب عليهما كما في شرحه على منهاج النووي.

الإشهَادَ ثُمَّ فَهَاهُنَا أولَى، وإلاَّ ففِيهِ الخلافُ.

وحَكَى الإمامُ وَجهاً ثالثاً، وهوَ الفرقُ بينَ أنْ يكونَ ظاهرُ العَدالةِ، فلا يكَلِفُ الإشهَّادَ أو مستورُهَا فيكلف؛ ليَصيرَ الإشْهَادُ قَرِينَةً تَغلِبُ على الظنِ الثقة.

وإنْ أوجَبنَا الإشهَادَ، فلو تَرَكَهُ قالَ في «الوَسِيطِ»: لا تَثبتُ لهُ ولايةَ الحَضانة، ويجوزُ الانتزاعُ، وهَذا يشعرُ باختصاصِ الإشهَادِ الوَاجبِ بابتداءِ الالتِقَاطِ[1]، وإذَا أشهد فَليشْهَد على اللَقيطِ، ومَا مَعَهُ، نَصَ عَليهِ[2].

الركنُ الثاني: اللَقِيطُ، وقَد ضَبَطَهُ فِي الكتابِ، فَقالَ: كلُ صبيٍ ضائعٍ لا كَافلَ لَهُ، فالتِقَاطُه مِنْ فروضِ الكفايَاتِ، فيخْرُجْ بقَيدِ الصَّبِيُ البَالِغ، فإنَّهُ مُستغنٍ عَنَ الحضّانَةِ والتَعَهُد، فلاَ معنى لالتِقَاطِهِ[3]، نَعَم لكن الوقوع في مِعرض هِلاك أعين لِيتخَلَص، وفي الصَبِي الذي بَلَغَ سن التمييز تَرَدَدَ للإمام أحدُ الاحتمالَين: أنَّهُ لا يُلتقَط؛ لأنَّه كَضَّالةِ الإبلِ في أنَّهُ مُستقل مُمتنعٌ، فلاَ يتولَى أمرَهُ إلاَ الحاكِمُ.

وأوفقُهُما لكلامِ الأَصحَابِ أنَّهُ يُلتَقَطُ لحاجَتِهِ إلى التعهدِ والتربية.

وأمَّا الضائعُ فيجوزُ أنْ يريد بِهِ غيرُ المُميزِ؛ لأنَّ المُمَيزُ يتدارَكُ أمرَهُ بتَمييزِهِ، وأمَّا

---

(١) وقد نوزع في هذا الإشعار بأن المراد أنه لا تثبت له الولاية ما لم يشهد فلا يشعر باختصاص الوجوب بالابتداء قول الوجوب وأن الملتقط ليس متمسكاً بولاية عامة ولا خاصة، وإذا أراد الواجد أن يتصرف تصرف الولاة عند مسيس الحاجة فينبغي أن يشهد على ما فيه حتى يدنو حاله من حال الولاة، ولهذا نظائر مضت وتأتي. قال ابن الرفعة: وأشار بالنظائر إلى هروب الحمال والمساقاة والإنفاق على اللقطة واللقيط.
وقال في البسيط: ومن يوجب الإشهاد يجعله شرطاً حتى يختلف حكم الالتقاط وولاية الحضانة عند قصد الإشهاد، وكأنه يقول: هذه ولاية فلا تثبت ما لم يسند إلى شهادة.

(٢) قال في الخادم: لم يبين أن الإشهاد على ما معه على سبيل الوجوب أو الاستحباب أو يطرقه الخلاف في أصل الالتقاط، والمنصوص عليه في المختصر الوجوب، فقال: إن كان يعني الملتقط ثقة وجب أن يشهد بما وجد له، وأنه منبوذ، وأخذه من كلام شيخه البلقيني.

(٣) إطلاق الشيخ البالغ يشمل المجنون.
قال الزركشي: والظاهر أنه كالصبي، ويشهد له قولهم في باب الحضانة أن حكم من به جنون أو خبل له حكم صغير، قال الزركشي قضيته أنه لا نقل عنده صريح في الصبي المميز، لكن كلامه فيما بعد صريح في نقله عن الأصحاب جواز التقاطه، وبه صرح القاضي الحسين هنا، وإليه يشير كلام الماوردي في باب الحضانة أنها تنتهي بسن التمييز وما بعده إلى البلوغ يسمى كفالة، وقال الزركشي أيضاً: إذا قلنا، يجوز التقاطه، أن يكون حضانته للملتقط وليس كذلك، فقد جزم الإمام والغزالي بأنهما للحاكم لا للآحاد فتفطن له.

امتناعهُ، فلاَ يكونُ ضائِعاً، والأحسنُ حَمْلُهُ علَى المنبُوذِ؛ فإنَّ غيرَ المنبوذِ، وإنْ لمْ يكُنْ لهُ أبٌ، ولاَ جَد، ولاَ مَضَى من جهتِهمَّا فحفظه مِنْ وظيفة القَاضي، فيسلمه إلى مَن يقومُ بهِ؛ لأنَّهُ كَان لَهُ كافلٌ مَعلومٌ. فإذَا فُقِدَ قامَ القَاضِي مقَامَهُ، كما أنَّه يَقومُ بحفظِ مالِ الغَائِبينَ المَفقُودينَ، والمنبُوذِينَ يُشبهُونَ بِاللقَطَةِ، فلمْ يُخْتصْ حفظهم بالقَاضِي، ذَكَر ذَلكَ الشيخُ أبُو مُحَمَّد.

وأمَّا قَوْلُهُ: «لا كافِلَ لَهُ»، فَالمرادُ مِن الكَافِلِ الأبُ والجَدُ، ومَنْ يَقُومُ مَقَامَهُمَّا، والمُلتَقِطَ مِمَن هُوَ في حضَانةِ أَحَدِ هَؤُلاءِ، ولاَ مَعنىً لالتِقَاطِه إلاَ أنَّهُ لوْ حَصَلَ بمَضْيعَةٍ أخذ لِيُرَدُّ إلى حاضنه[1].

وقَولُهُ في وجوبِ الإشهَادِ علَيه «خَشْيةً مِن الاسترقَّاق» لو آخر ذكر خشية الاسترقاق عن قوله: «خلاف مرتب» كان أحسن، فإن خشية الاسترقاق عن خلاف جهة الترتيب. وقَولُهُ: وإنْ كَانَ اللَقيْطُ بَالِغاً، أيْ الذي يَقْصِدُ التِقَاطَهُ، وإلاَّ فَهُوَ غَيرُ مَلقُوطٍ، وَقَد يوجد في النُسَخِ، و«إنْ كانَ الصَبيُ بالِغاً» وَهُوَ مختل.

قال الغَزَالِيُّ: **وَولاَيَةُ الالْتِقَاطِ لِكُلِّ حُرٍّ مُسْلِمٍ عَدْلٍ رَشيدٍ، أَمَّا العَبْدُ وَالمُكَاتَبُ إِذَا الْتَقَطَا بِغَيْرِ إِذْنِ السَّيِّدِ أُنْتُزِعَ مِنْ أَيْدِيهِمَا فَإِنَّ الحَضَانَةَ تَبَرُّعٌ وَلَيْسَ لَهُمَا ذَلِكَ، وَإِنْ أَذِنَ السَّيِّدُ فَهُوَ المُلْتَقِطُ، وَالكَافِرُ يَلْتَقِطُ الصَّبِيَّ الكَافِرَ دُونَ المُسْلِمِ لِأَنَّهُ لاَ وِلاَيَةَ، أَمَّا المُسْلِمُ فَيَلْتَقِطُ الكَافِرَ، وَأَمَّا الفَاسِقُ فَيُنْتَزَعُ مِنْ يَدِهِ، وَكَذَا المُبَذِّرُ فَإِنَّ الشَّرْعَ لاَ يَأْتَمِنُهُمَا، وَأَمَّا الفَقِيرُ فَهُوَ أَهْلٌ لَهُ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الركنُ الثَالِثُ: المُلْتَقِط، ويُعتَبَر فيهِ أمورٌ:

أحدُهَا: التَّكْلِيفِ، فلاَ يَصِحُ التِقَاطِ الصَبي والمجنون وهَذا أهْمَلَهُ فِي الكِتَابِ لوُضُوحِهِ.

والثاني: الحُريَةُ، فالعَبْدُ إذَا التُقِطَ يُنْتَزعُ مِن يَدِهِ إنْ لمْ يأذَنْ السَيدُ، لأنَّ الحَضَانَةَ تبرع وليسَ لهُ أهْلِيَّةُ التبرعِ، وإنْ أذِنَّ السَيدُ أوْ عَلِمَ بِهِ، فأمره في يَدِهِ جَازْ، وكَانَ السيدُ المُلْتَقِطُ، وهو نائبه في الأخذِ والتربية.

---

(١) قال النووي: معناه: يجب أخذه لرده إلى حاضنه والله أعلم. وهذا ظاهر إذا قام الكافل الخاص بكفالته، أما لو أهمله، قال القمولي: فيظهر أن يقال إن كانت الحضانة تلزمه كأحد الأبوين وإن علا، والملتقط المقدم؛ لأنه بالتقاطه التزم كفالته، فلا يلتقط للزوم الحضانة، وإن الحضانة لا تلزمه كمن عدّ الأبوين من الأقارب إذا امتنعوا من حضانته، فهل يكون كصبي لا كافل له، فيجوز التقاطه أم لا مخرج على خلاف، ذكره الماوردي.

وَالمُكَاتَبُ إذَا التَقَطَ بِغَيرِ إذْنِ السَيِدِ انتُزِعَ أَيضاً من يَدِهِ، وإنْ التَقَطَ بإذْنِهِ جَاءَ فِيهِ الخِلاَفُ في تَبَرُعَاتِهِ بالإذْنِ، لكنَّ الظاهرِ المَنعِ لأنَّ حَقَ الحَضَانَةِ ولاَيَةٌ، وَلَيسَ المكَاتَبُ من أهْلِ الولاَيَاتِ.

وقولُهُ فِي الكِتَابِ: «فإنْ أذْنَ السَيدُ فَهُوَ الملتَقِطُ» ظَاهِرٌ، في العَبْدِ، فإنْ رَجَعَ إِلَى المُكاتَب ـ أيضاً ـ فَهُوَ مَفروضٌ فِيمًا لو قَالَ: التَقَطْتُه لي، ويشبِه أن يكون على الوجهين في التوكيل بالاصطياد.

وأمًا إذا قَالَ التَقطْتُه لِنفسِكَ، فَفيهِ مًا سَبَقَ.

وذُكِرَ في «المعتمد» وجهَين: فِيمًن نصفُهُ حر ونصفُهُ عبد إذَا التَقَطَ فِي يوم نَفسِهِ، هَلْ يستحِقُّ الكفَالَةَ[١]؟

والثَالِثُ: الإسْلاَمَ، فالكَافِرُ يلتَقِطُ الصبي الكافرَ دُونَ المُسْلِم؟ لأنَّهُ نوعٌ ولايةٍ وتَسلُطِ، وللمُسلِمِ التقَاطُ الصبي المحكومِ بكُفْرِهِ، وسَتَعْرِف أنَّ اللَقيطَ مَتى يُحكَمْ لهُ بالإسْلاَم ومتَى لاَ يُحكَمْ لهُ؟

والرابع: العَدَالَةُ، فليس للفاسِقِ الالتِقَاطُ[٢]، ولَو التَقَطَ انتُزِعَ مِنهُ، فإنَّهُ غَيُر مؤتمن شَرعاً، ويُخَافُ مِنهُ الاسترقاق وسوءُ التَربيةِ، ويخالِفُ اللُقَطَةَ حيثُ تقر في يدهِ على رأي؛ لأنَّ فِيهَا معنَى الأكساب، ولا يَحتاجُ إِلَى ردِهِ إليهِ بعدَ التَعريفِ للمِلكِ، فجازَ أنْ يُتْرَكَ فِي يدهِ بشرط الاحتيَاطِ. ومن ظاهر حاله الأمانة، إلاَّ أنَّه لم يختبر فلا يُنْزَعُ من يده، لكن يوَكَل به الإمامُ يُراقِبهُ من حيث لا يَدْرِي كيلا يتأذى، فإذا وثَقَ به صار كمعلوم العدالة، وقبل ذلك لو أراد المسافرة به مُنِع وانْتُزِعَ منه؛ لأنه لا يؤمن أن يسترقه، وأن يكونَ إظهاره العدالةَ لمثل هذا الغرضِ الفاسدِ.

واعلم أنَّ الشافعيَّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ قال في المختصر: «وإنَّ أراد الذي التقَطه

---

(١) قال في الخادم: فيه أمران:
أحدهما: تابع النووي والرافعي على عدم الترجيح وصحح الروياني. المنع وهو الظاهر، وقد جزم الرافعي والنووي في باب الحضانة أن المعتق بعضها لا حضانة لها، وخالف اللقطة فإنها إكساب، وهذه ولاية ويجوز أن يكونا مبنيين على أن الاكساب والمؤن النادرة هل تدخل في المهاياة ونحوه أن يكونا مع القول بدخولها لنقصه بالرق.
الثاني: سكت عما إذا لم يكن بينهما مهاياة وقد تعرض له الماوردي وقال: إنه كالقن، لا يكون له حق ما لم يأذن له المالك لرقه.

(٢) قال في الخادم: قضيته الامتناع في حق المستور، لكن ذكر بعد ذلك بقليل أن من كان ظاهر حاله العدالة إلا أنه لم يُختبر لا ينزع من يده إلى آخر ما ذكره، وقد ذكر النووي فيما بعد أن من ظهرت عدالته بالاختبار يقدم على المستور على الأصح، ومقابل الأصح أنهما سواء كما ذكره الرافعي.

الظعن به، فإنْ كان يؤمن من أن يسترقَّه فذلك له، وإلاَّ منعُه»، يعني الحاكم.

واعْتُرِضَ عليه بأنَّ الفاسِقَ الذي لا يؤمن لا يقر اللقيط في يده سافر به، أم لمْ يسافر؟ فكيف خصّ المسافرَ بالمنعِ؟ وأجاب أكثرُ الأصحابِ بحمله على ظاهرِ العدالةِ المستور الحال كما سبق.

ومنهم من سَلَّم أنَّه أراد الموثوق بعدالته ظاهراً وباطناً. وقال: قد يكونُ مأموناً في بلدة ثم يُخْشَى منه عند السفر، وهذا يسوقنا إلى خلافٍ في جواز مسافرة العدل الموثوق به باللقيط، وسيأتي من بعد، إن شاء الله تعالى.

وقال بعضُهم: المرادُ ما إذا أحدث ما يغير أمانته، أو يوقع ريبة في حاله.

الخامس: الرشد، فالمبذر المحجور عليه لا يُقَرُّ اللقيط في يده؛ لأنَّه ليس مؤتمناً شرعاً، وإنْ كان عدلاً.

ولا يُشْتَرَط في الملتقط الذكورة؛ بل الحَضَانَة بالإناث، ولا كونُه غنياً إذ ليست النفقةُ على الملتقط، والفقير أهلٌ للحضانةِ كالغني.

وفي «المهذَّب» وجهٌ آخر، أنَّه لا يقرُّ في يد الفقير؛ لأنَّه لا يتفرغُ للحضانة لاشتغاله بطلب القوت. والصحيحُ الأولُ وهو المذكور في الكتاب.

قال الغَزَالِيُّ: **وَلَو أزْدَحَمَ أثْنَانِ قُدِّمَ مَنْ سَبَقَ، فَإِن أسْتَوَيَا قُدِّمَ الغَنِيُّ (و) عَلَى الفَقِيرِ، وَالبَلَدِيُّ عَلَى القَرَوِيِّ، والقَرَوِيُّ عَلَى البَدَوِيِّ، وَكُلُّ ذَلِكَ نَظَراً لِلصَّبِيِّ، وَظَاهِرُ العَدَالَةُ مُقَدَّمٌ عَلَى المَسْتُورِ في أَقْيَس الوَجْهَيْنِ، وَإِنْ تَسَاوَيَا مِنْ كُلِّ وَجْهٍ أُقْرِعَ بَيْنَهُما وَسُلِّمَ إِلَى مَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا ازْدَحَمَ اثنانِ عَلَى لَقِيطٍ، نُظِرَ: إنْ ازْدَحَمَا عَلَيه، قَبْلَ الأخْذِ وَقَالَ كلُّ واحدٍ مِنهما: أنَا آخُذُه وأحْضُنُه، جَعَلَه الحاكمُ في يدِ مَنْ رآه مِنْهُما، أو مِنْ غَيرِهِما، لأنَّه لا حقَّ لَهُما قبل الأخذِ[1].

وإنْ ازدَحَمَا بعدَ الأخْذِ، فإنْ لم يكنْ أحدُهمَا أهْلاً للالتِقَاطِ، مُنِعَ وَسُلِّم اللقيطُ إلى الآخَرِ، وَذَلِك بأنْ يَكُونَ أحدُهُما عدلاً، والآخرُ فاسِقاً، فإنْ كانَ كلُّ واحدٍ منهما أهلاً، نَظِر إن سَبَقَ أحدُهما إلى الالتقاطِ، مُنِع الآخرُ من مُزَاحَمَتِه.

وهل يثبُتُ السَّبقُ بالوُقوفِ على رَأسِهِ من غيرِ أخْذ، فيه وجهانِ عن الشيخ أبي محمدٍ:

---

(١) كذا قطع به بعضهم.

أظهرُهُما: المنعُ، وإنْ لم يسبقْ واحدٌ منهما، فقد يختَصُّ أحدُهُما بصفَةٍ تقَدِّمُهُ، وَقَدْ يَستَوِيانِ، والصِّفاتُ المُقَدِّمَةُ أربعٌ:

أحدُها: الغِنَى، فإنْ كانَ أحدُهُما غَنِياً، والآخَرُ فَقيراً: فَوَجْهانِ:

أحدُهَا: أنَّهما يَسْتَوِيانِ؛ لأنَّ الفقيرَ أهلٌ كالغَنِيِّ، وأظهرُهُما وبِهِ قَالَ أبو إسحاقَ، وَهُوَ المذْكُورُ في الكِتَابِ، أنَّ الغَنِيَّ أَوْلَى، لأنَّه رُبَّما يُواسِيهِ بماله، ولأنَّ الفَقيرَ قَدْ يَشتَغِلُ بِطَلبِ القُوتِ عن الحضَانَةِ، وعلَى هَٰذَا فَلَوْ تَفَاوَتَا في الغِنَى، حَكَى الإمامُ وَجْهَيْن في أنَّه هَلْ نُقَدِّمُ أكْثَرُهُما[1] مالاً؟

الثَّانيةُ: أنْ يكونَ أحدُهُما بَلديًا، والآخرُ قَرَوِيًا، أو بَدَوِيًا، أو أحدُهُما بلديًا أو قَرَوِيًا، والآخرُ بَدَوِيًا.

والقَوْلُ فِيمَنْ تَقَدَّمَ مِنهم، مَبْنِيٌّ على انْفِرَادِهِم بالالتِقَاطِ، ويلتحق بهما نَقلُ اللَّقيط من مَوْضِعَ الالتقاط.

والثاني[2]: أنْ نَذكرها مجموعةً من الفصلِ الثالثِ مِن هَٰذا الفَصْلِ؛ حيث تَكلم من نَقْلِهِ.

الثَّالِثَةُ: مَنْ ظَهَرتْ عَدَالَتُهُ بالأخبار من تَقَدُّمِهِ على المسْتُورِ، وجهانِ:

أحدُهُما: وبِهِ قَطَعَ الشَّيخُ أبو محمدٍ، أنَّه يتقدمُ احتياطاً للصبي.

والثَّاني: أنَّهما سواءٌ؛ لأنَّ المستورَ لا يُسلِّم مزية للآخَرِ، ويقولُ: لاَ أتْرُكُ حَقِّي؛ إن لمْ تَعرفُوا حالِي.

الرَّابِعَةُ: الحرُّ أَوْلَى من المُكَاتَبِ، وإنْ كانَ التقاطُه بإذنِ السَّيِّدِ، لأنه ناقص من نفسه وليسَ يده يد السيد، وأما إذا كان أحدهما عبداً التقط بإذن السيد فالنَّظرُ إلى السَّيِّد والآخَرُ. ولا تُقَدَّمُ المرْأةُ على الرَّجلِ، بخلافِ الأمِّ تتقدم على الأَبِ في الحَضَانَةِ، لأنَّ المراعي هُنَاكَ شفقة الأُمُومَةِ في الحضانة.

وكَذا لا يتقدَّمُ المُسْلمُ على الذِمِّيِّ في اللَّقِيطِ المحكوم بكفره، وفي «آمالِي أبي الفَرَجِ» المَيْلُ إلى تقديمِ المُسْلِم لِيُعَلِّمه دِينَه.

وفي بعْضِ الشُّروحِ، تقديمُ الكَافِرِ؛ لأنَّه على دِينِهِ.

واعلم، أنَّ صاحبَ الكتابِ اعتَبَر في «الوسيطِ» صفاتِ التَّرْجِيحِ، أوَّلاً، ثم قال: فإنْ تَسَاوَيَا في الصِّفاتِ، قُدِّمَ السَّابقُ إلى الآخذ، فَهَاهُنَا اعْتُبرَ السَّبقَ أوَّلاً، ثمَّ إن

(١) قال النووي: الأصح لا يقدم. (٢) من ر: والرأي.

تَسَاوَيَا، فحينَئذٍ، نُظِرَ إلى الصِّفَاتِ المُرَجِّحَةِ.

والصوابُ الموافقُ لنَقْلِ الأصحابِ ما ذكرَهُ هَاهُنَا، هَـٰذا إذا اخْتُلِفَ في حالِ المُزْدَحِمينَ.

أمَّا إذا تَسَاوَيَا وتشاحا قال الشَّافعيُّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا ووجهه الأصحاب، بأنه ـ إما أن يخرجَ من أيديهما، وفيه إبطالُ حقهما الثابت في الالْتِقَاطِ، أو يُتْرَكَ في أيديهما إمَّا جميعاً، والاجْتِمَاعُ على الحضَانَةِ شاقٌ أو متعذر، وإمَّا بالمُهَايَأَةِ، وفِيهِ إضرارٌ باللَّقِيطِ لِمَا فِي تَبَدُّلِ الأيدي من قطعِ الإلف، واختلافُ الأغذية والأخلاق، أو يخصَّ أحدَهُما بلا قُرْعَة، ولا سبيلَ إليه لتساويهما فوجب المصيرُ إلى القُرْعَة كالزوج يسافر بإحدى زوجاته، فإنَّه يُقْرَعُ.

[و] قال أبو علي: هاهنا طريق الترجيح، [و] هو أنَّ يجتهدَ القاضي، فمن رآه خيراً للقيط أمرَهُ في يده، لكن إذا تحير القاضي أو استويا في اجتهاده فلا سبيلَ إلى التوقف، ولا بد من مرجوع إليه نسب صاحبُ الكتابِ هذا الوجهَ في «الوسيط» إلى ابن أبي هريرةَ والمذكور في «المهذب» وغيره حكايته عن ابنِ خيران.

قال الأئمة: ولا يخيّر الصبيُّ بينهما، وإن كان له سَبع سنين فأكثر بخلاف تخيير الصبي بين الأبوين عند بلوغِه سن التمييز، لأنَّه يعوّل هناكَ: على الميل الناشيء من الولادة، وهذا المعنى معدوم في اللقيط، وأبدى الإمام في «النِهاية» احتمالاً فيه.

وقال: يجوز أن يُقَالَ يخيَّر، ويجعل اختياره أولى من القُرْعَة، ثم إنَّه صوَّر ذلك فيما إذا التقطَه اثنان، [و] لم يتفق فصلُ الأمر بين المزدحمين حتى بلغ اللقيطُ سن التمييز، وهذا لائق به، حيث تردد في أنَّ المميزَ هل يَلتقطَ [غير الممَيز][(١)] لكنَّ تصويرَ التوقف إلى أنْ تطولَ المدةُ وينتهي غير المميز إلى حد التمييز كالمستبعد، وظاهر ما أجراه الأصحاب الفرص فيمن التقطَ وهو مميز، وإذا خرجت القُرْعَة لأحدهما فترك حقه إلى الآخر لم يجز، كما ليس للمنفرد نقلُ حقِه وتسليم اللقيط إلى غيرِهِ[(٢)].

ولو قال قبل القُرْعَة تركتُ حقي ففي انفراد الآخر به وجهان:

---

(١) سقط في: أ.

(٢) ووقع في التتمة أنه يجوز، وعلله بهذا التعليل، وكذا نقله عنه صاحب الوافي. ثم قال: وكأنه أراد إذا استعان بالغير في القيام، فأما ما نقله إلى الغير فليس إليه، والحاصل أن خروج القرعة لأحدهما يسقط بها حق الآخر حتى إذا أسقط من خرجت له القرعة حقه لا يعود الحق إلى الآخر، ولم يحكه الرافعي في هذه الحالة خلافاً وحكى صاحب التتمة فيه وجهين وقال: المذهب أنه لا يسقط وهو نظير الخلاف في الوليين إذا خرجت القرعة لأحدهما وزوج من لم تخرج له القرعة، وكانت قد أذنت للكل يصح في الأصحِّ.

أصحهما: الانفراد، لأنَّ الحقَّ لهما، فإذا أَسقَطَ أحدُهما حقَه ينتقل إلى الآخرِ، كالشفيعين.

والثاني: المنعُ، كما لو تُرِكَ حقَهُ بعد خروج القُرْعَة، بل يرفع الأمرُ إلى الحاكم حتى يقرَه في يد الآخر إنْ رآه، وله أنْ يختارَ أميناً آخر فيقرع بينه وبين الذي لم يترك حقَه(١). وذكر الإمامُ تفريعاً على الوجه الثاني أنَّ التاركَ لا يتركه الحاكمُ، بل يقرع بينه وبين صاحبِهِ، فإن خرج عليه ألزمه القيام بحضانته(٢) بناءً على أنَّ المنفردَ في الالتقاط لا يجوزُ له التركُ، وسيأتي ـ إن شاء الله تعالى ـ.

قال الغَزَالِيُّ: **ثُمَّ مَنِ الْتَقَطَهُ يَلْزَمُهُ الحَضَانَةُ وَلاَ يَلْزَمُهُ النَّفَقَةُ مِنْ مَالِهِ، فَإِنْ عَجَزَ سَلَّمَهُ إلى القَاضِي، فَإِنْ تَبَرَّمَ مَعَ القُدْرَةِ لَمْ يُسَلِّمْ إِلَى القَاضِي عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ لأَنَّهُ شَرَعَ في فَرْضِ كِفَايَةٍ فَيَلْزَمُهُ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الكلامُ في هذا الموضع إلى آخِرِ البابِ في أَحْكَامِ الالتقاطِ، فَمِنْهَا: أنَّ الَّذِي يَلْزَمُ الملْتَقِطَ حِفْظُ اللَّقِيطِ ورعايتُهُ.

فأمَّا النفقةُ، فهي غيرُ واجبةٍ عَلَيْه، وسنتكلَّم في أنَّه من أَيْنَ ينفق عليه، فإنْ عجزَ عن الحِفْظِ، لِأَمْرٍ عَرَضَ يسلمه إلى القَاضِي، وإن برم به مع القُدْرَة، فوجهان؛ بناءً عَلَىٰ أنَّ الشُّرُوعَ في فروضِ الكفاياتِ، هل يلزَمُ الإتمام، وهل يصير الشارع متعيّناً، وموضِعُ الكلام فيه كتابُ «السِّيَر» والظاهرُ هاهنا أنَّ له التسليمَ إلى القاضي، ورأى القاضي ابنِ كج القَطع بِهِ بَعْدما حَكَى الوجْهَيْنِ(٣).

---

(١) جعل في التتمة محل الوجهين ما إذا قال مطلقاً: تركت حقي بأن صرح وقال: تركت إلى صاحبي فيسلم إليه ويقر في يده. وكذا جزم بالصحة في هذه الحالة البندنيجي وغيره.

(٢) وهذا قاله الإمام تفقهاً لا نقلاً فقال: الذي يقتضيه القياس على هذا الوجه. . . إلى آخره. ثم قال: وقال بعض أصحابنا على هذا الوجه ينصب القاضي أميناً ويقيمه مقامه، وفي المجرد لسليم وتعليق القاضي الحسين: أنه صار الحق للمتروك له، وهل يحتاج إلى إذن الحاكم وجهان أصحهما لا، وهذا ما أورده القاضي الطبري.

(٣) قال في الخادم: فيه أمور:
أحدها: ما حكاه عن ابن كج رأيته في كتاب التجريد كذلك.
الثاني: هذا الذي وعد به في كتاب السير لم يتحرر منه في الموضع المذكور الصحيح من الخلاف في جميع الصور، فإنه صحح التعيين بالشروع في الجهاد وفي صلاة الجنازة أنه لا يتعين في الاشتغال بالعلم. ولهذا قال البارزي في التمييز هناك ولا يلزم فرض الكفاية بالشروع في الأصح إلا بالجهاد وصلاة الجنازة.
الثالث: سكت عما إذا أراد دفعه لبعض الآحاد فيحتمل أن يمنع كما سبق في اللقطة، ويحتمل خلافه.

ولا شكَّ في أنَّه يَحْرُمُ علَيْه نَبْذُه وردُّهُ إلَىٰ ما كان.

وقوله: «ثُمَّ مَنِ الْتَقَطَ، يلزَمُه الحضانةُ» لفظ «الحضانة» يُسْتَعْمَلُ كثيراً في الباب، وكأن المرادَ منه الحفْظُ والتربيةُ لا الأعمالُ المفصَّلةُ في الحضانة والإجَارَة؛ فإنَّ فيها مَشَقَّةً ومؤْنَةً كثيرةً، فكيف نُلْزِمُ من لا تلزمُه النفقةُ، وقد أوضحه صاحبُ «التهذيبِ» فقال: ونفقةُ اللقيطِ وحضانتُه في مالِه، إن كان له مالٌ.

ووظِيفةُ الملتقط حفظه وحفظُ مالِه، هذا معنى كلامِه.

قال الغَزَالِيُّ: **وَعَلَيْهِ حِفْظُهُ فِي مَوْضِعِ الْتِقَاطِهِ، فَإِنْ نُقِلَ مِنْ بَلَدٍ إِلَىٰ قَرْيَةٍ أَوْ بَادِيَةٍ لَمْ يَجُزْ لِتَفَاوُتِ المَعِيشَةِ، فَإِنْ نُقِلَ مِنَ البَادِيَةِ إِلى البَلَدِ جَازَ، وَإِنْ نُقِلَ مِنْ بَلَدٍ إِلَى بَلَدٍ أَوْ مِنْ قَبِيلَةٍ إِلَىٰ قَبِيلَةٍ فِي البَادِيَةِ لَمْ يَجُزْ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ لِأَنَّ ظُهُورَ نَسَبِهِ فِي مَحَلِّ الْتِقَاطِهِ أَغْلَبُ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المُلْتقِطُ إمَّا حضريٌّ وإما بَدَوِيٌّ، فالبَلَدِيُّ، إذا وَجَدَ اللقيط في بَلْدَتِهِ أُقِرَّ في يده، وليسَ له أنْ ينقلَه إلى البادية، لو أراد الانتقال إليها، بل يُنْتَزَعُ مِنْهُ؛ لمعنيين:

أحدهما: أنَّ عيشَ أهْلِ البوادي أخشن، والغالبُ قصورُهُمْ عن معْرفة عُلُوم الأدْيَان والصِّنَاعات التي تكتسب منها، ففي النقل إضرارٌ باللقِيط، وهذا هو المذكورُ في الكتابِ.

والثاني: أن ظهور نسبه بموضِعِ الْتقاطِهِ أغلب، لأنَّ من ضَيَّعه، يَطلُبُهُ حيْثُ ضيَّعَه، ولو كان الموضعُ المنقولُ إلَيْه مَن البادية قريباً من البلدة، يَسْهُلُ تَحْصِيلُ ما يراد منها، فإنْ راعَيْنا خشونةَ المَعِيشةِ، لم نَمنعْ، وإنْ راعَيْنا أمر الكَسْب، فإن كان أهلُ البَلْدة يختلطون بأهْلِ ذلك المَوْضِعِ، فكذلك[1]، وإلاَّ، منع، وكما أنَّه [ليس] له نقلُهُ إلى البادية، لَيْسَ له نقلُهُ إلى القُرَىٰ، ولو أراد نقلَهُ إلَىٰ بلدة أخرَىٰ، أو التقطه غريبٌ في تلك البلدة، وأراد نقلَه إلى بلدتِه، فوجهان، بناءً على المعنَيَيْنِ، إن نظرنا إلَىٰ تفاوُتِ المعيشِةِ، فالبلاد متقاربة، وإنْ راعَيْنَا أمْرَ النَّسَبِ، منَعْنَاه، وأنْتزَعْنا اللَّقِيطَ من يدِه، والأوَّلُ النصُّ، وبه أخَذَ المُعْظَمُ، قال في «التَّتِمَّة»: ولا فَرْق في ذلك بين سَفَرِ النُّقْلةِ

---

(١) وصدر كلامه يقتضي أن كلاً منهما جزء علة وآخره يقتضي أنه علة مستقلة وهو الصواب، والأصح منهما المعنى الأول وقد صرح به في التفريع الآتي، وبه يظهر أنه ليس في التعليل هنا لمجموعهما ولا بكل منهما بل بالمعيشة على الأصح وعلى الثاني بحفظ النسب وأجمعا هنا لفواتهما في البادية.

والتجارةِ والزيارةِ[1]. والقرويُّ، إذا وَجَد اللَّقيطُ في قريتِهِ أو في قرية أخرَىٰ، أو في بلدةٍ تُقَاسُ بما ذكرنا في البلديّ، ولَو وَجَدَ حَضريٌّ اللَّقِيطَ في البادية، نُظِرَ؛ إن كان في مهلكةٍ، فلا بدَّ من نَقْلِهِ، وللمُلتقِطِ أنْ يتوجَّه إلى مقصدِه، ويَذْهَبَ به إليه.

ومن قال في اللُّقطة: يَعرِّفُها في أقرب البُلْدانِ، يشبه أنْ يقولَ: لا يذهب به إلَىٰ مقصده، رعايةً لأمر النسبِ[2].

وإن كان في حِلَّةٍ أو قبيلةٍ، فله نقلُهُ إلَى البلدة، والقريةِ على المشهُور، وعن القاضي الحُسَيْن أنَّه علَىٰ وَجْهَينِ مبنيين على المعْنَيَيْنِ، ولو أقام هناك، أَقَرَّ في يده لا محالةَ.

[وأمَّا البدويُّ، إن اْلتَقِطَ في بَلدَةٍ أو قريةٍ، فأراد المَقَامَ بها، أقر في يدهِ]، وإن أرادَ نَقْلَهُ إلى الباديةِ أو إلى قرية بلدةٍ أخرَىٰ، فعَلَىٰ ما ذَكَرْنَا في الحضريِّ، وإن وَجَدَه في حِلَّةٍ أو قبيلةٍ في البادية، فإنْ كان من أهل حِلَّة مقيمين في مَوْضِع راتِبٍ، أقر في يده، لأنَّه كبَلْدة أو قريةٍ، وإن كان ممَّنْ ينتقلون من بُقْعةٍ إلى بقعة مُنْتَجِعينَ، فوجهان:

أحدُهما: المَنْعُ؛ لِمَا فِيهِ من التَّعَبِ، ولأنَّ في النَّقْل يَضِيعُ نَسَبُهُ.

والثاني: يقر؛ لأنَّ أطرافَ البادية كَمَحَالِّ البلدَةِ، والظاهر أن نسبه من أهل البادية، فيكون احتمال ظهوره إذا كان في البادية أقرب.

هذا حكمُ الحضريِّ والبدوي عندَ الانفراد بالالتقاط، وقد تَبيَّن به مَوْضعُ جواز النقل عن مكان الالتقاط وعَدَمِهِ، وكنَّا وعَدْنا أنْ نَذْكُرَ معها الحُكْم عند الازْدِحَام، فنقول: إذا اْزْدَحَمَ علَىٰ لقيطٍ في البلْدَةِ أو في القريةِ مقيمٌ في ذلك المَوْضِع وظاعنٌ، أَطْلَقَ في «المختصر» أنَّ المقيمَ أَوْلَىٰ، وفصَّلوا الأصحابُ؛ فقالوا: إن كان الظاعنُ يَظْعَنُ إلى الباديةِ، فالمقيمُ أَوْلَىٰ، وإن كان يَظْعَنُ إلى بلدٍ آخر، فإنْ قلْنا ليس للمنفرد الخروجُ باللقيطِ إلَىٰ بلدٍ آخرَ، فكذلك الجواب، وإن جوَّزنا له ذلك، فهما سواءٌ.

ولو اجتَمع على لقيطٍ في القرية قَرَوِيٌّ مُقِيمٌ بها وبلديٌّ، قال القاضي ابنُ كج: القَرَوِيُّ أَوْلَىٰ، وهذا يخرج على منع النَّقْل من بلَدٍ إلَىٰ بَلدٍ، فإنْ جَوَّزناه، وَجَبَ أن يُقَال: هما سواءٌ[3].

---

(١) جزم في البسيط بأن سفر غير النقلة جائز وحمل النص عليه وهو الظاهر.

(٢) وهو بعيد؛ لأن إقامة الملتقط في غير مقصده يشق عليه.

(٣) أي: المقيم والمسافر، وفيه نظر من جهة أن الحظ له في الإقامة ليظهر نسبه، وإن جاز السفر به كما أن الحظ له في الغير، وإن كان الفقير أهلاً لالتقاطه ويشهد له ما سيأتي عن ابن كج.

ولو اجتمعَ حَضَرِيٌّ وَبَدَوِيٌّ علَىٰ لَقِيطٍ في الباديةِ، نُظِرَ؛ إن وُجِدَ في حِلَّة أو قبيلةٍ، والبدويُّ في موضعٍ راتبٍ، فهما سواءٌ[١].

وقال القاضي ابنُ كج: البدويُّ أَوْلَى إن كان مقيماً فيهم؛ رعايةً لنَسَبه، فإن كان البدويُّ من المنتجِعِينَ، فإنْ قلْنا: يُقَرُّ في يَدِهِ، لو كَانَ مُنفرِداً، فهما سَوَاءٌ، وإلاَّ فالحَضَرِيُّ أَوْلَىٰ.

وإن وُجِدَ في مَهْلَكَةٍ، ذكر ابنُ كج أنَّ الحضريَّ أَوْلَىٰ، وقياسُ قولِه تقديمُ البدويِّ أو تقديمُ مَنْ كان مكانُهُ أقربُ إلى موضع الالتقاط[٢] منهما، وإذا تأمَّلْتَ ما ذكرناه، عَرَفْتَ أنَّ قولَه في الكتابِ «وعليه حفظُه في مَوْضِعِ الْتِقَاطِهِ» وقولَهُ في فَصل الازدحام «والبلديُّ على القرويِّ، والقرويُّ على البلديِّ» غيْرُ مُجْرَيْنِ عَلَى إطلاقهما، بل الأمر فيهما على التفصيل، وقوله «فإن نُقِلَ من الباديةِ إلَى البَلَدِ، جاز» مرقوم بالواو، وقولُه «أو من قبيلةٍ إلَىٰ قبيلةٍ في الباديةِ» هذه الصورةُ لا ذِكْرَ لها في «الوسيط» ولم يُطْلِقْها في «النِّهاية» ولكن قال: للقبائِلِ في البَوَادِي سُنَّةٌ في التفاوت والاعتناء بالأنْساب، فمن راعَىٰ أمر النسب، فلا إضرار، ومَنْ رَاعَىٰ عُسْر المعيشة، فلا تفاوت، هذا إذا تَقَارَبَتْ، فلم ينقطعْ خَبَرُ بَعْضِها عن بَعْض، أمَّا إذا نَأَتِ المسافاتُ، وانقطعتِ الأخبارُ، فحينئذٍ يَظْهَرُ التفاوُتُ في أمر النَّسَب، وحاصِلُهُ تخصيصُ الخلافِ بما إذا تباعَدَتْ، وأمَّا كُتُبُ سائر الأصحابِ، فلَيْسَ فيها ذكرُ الخلافِ الَّذي أَوْرَدُوهُ في النقل من بلْدةٍ إلَىٰ بلْدةٍ عَلَىٰ تشابُهِ الصُّورَتَيْنِ، بل الذي ذَكَروه ما مَرَّ أنَّ البَدَوِيَّ المقيمَ في مَوْضِعِ راتبٍ، يقر في يده اللقيطُ الذي التقطه من قبيلة أو حِلَّةٍ، ولم يَفرِقُوا بين أنْ يكونَ مِنْ أَهْلِ القبيلةِ الَّتِي وُجِدَ اللقيطُ فيها أو مِنْ غيرِها، وإذَا كان مِنْ غيرها وأَقْرَرْناه في يدِهِ، فقد جَوَّزْنا النَّقْلِ مِنْ قَبيلةٍ إلَىٰ قبيلةٍ.

قال الغَزَالِيُّ: **وَأَمَّا نَفَقَةُ اللَّقِيطِ فَفِي مَالِهِ وَهُوَ ما وُقِفَ عَلَى اللُّقَطَاءِ، أو وُهِبَ مِنهُمْ، أَو أُوصِيَ لَهُمْ وَيَقْبَلُهُ القَاضِي، أَوْ مَا وُجِدَ تَحتَ يَدِهِ عِنْدَ الْتِقَاطِهِ يَكُونُ مَلْفُوفاً عَلَيْهِ أَوْ مَشْدُوداً عَلَىٰ ثَوْبِهِ أَوْ مَوْضُوعاً عَلَيْهِ، وَمَا هُوَ مَدْفُونٌ فِي الأَرْضِ تَحتَهُ فَلَيسَ هُوَ لَهُ إلاَّ أَنْ تُوجَدَ مَعَهُ رُقْعَةٌ مَكْتُوبَةٌ بِأَنَّهُ لَهُ فَهُوَ لَهُ عَلَىٰ أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ، وَإِنْ كَانَ بِالقُرْبِ مِنْهُ مَالٌ**

---

(١) قال النووي: المختار الجزم بتقديم القروي مطلقاً، كما قاله ابن كج، وإنما يجوز النقل إذا لم يعارضه معارض. والله أعلم.

(٢) قال ابن الرفعة: وما قال إنه «قياس قوله» صحيح إن كان مأخذه فيما تقدم منع النقل من البادية إلى الحاضرة؛ لأجل لحاظ النسب، لكنه قد يكون مأخذه تضرر الطفل بمجرد النقل مع استغنائه عنه، وهو مظنة الهلاك في الجملة.

مَوْضُوعٌ أَوْ دَابَّةٌ مَشْدُودَةٌ فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ وُجِدَ اللَّقِيطُ فِي دَارٍ، فَالدَّارُ لَهُ، لِأَنَّهُ تَحْتَ يَدِهِ وَاخْتِصَاصِهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مالٌ أَنْفَقَ الإِمَامُ مِنْ بَيْتِ المَالِ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ وَزَّعَهُ عَلَىٰ مَنْ رَآهُ مِنْ أَغْنِيَاءِ المُسْلِمِينَ، ثُمَّ لاَ رُجُوعَ عَلَيْهِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ إِنْ ظَهَرَ رِقُّهُ رَجَعَ بِهِ عَلَىٰ سَيِّدِهِ، وَإِنْ ظَهَرَ حراً مُوسِراً وَكَسُوباً فَعَلَيْهِ، وَإِنْ ظَهَرَ فَقِيراً قُضِيَ ذَلِكَ مِنْ سَهْمِ الفُقَرَاءِ وَالمَسَاكِينِ مِنَ الصَّدَقَاتِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: غَرَضُ الفصل بيانُ أنَّ اللَّقِيطَ مِمَّنْ ينفق عَلَيْه، ولا يَخْلُو حَالُهُ، إمَّا أن يُوجَدَ له مالٌ، أو لا يُوجَدَ، فإنْ وُجِدَ، فَنَفَقَتُهُ في مالِهِ، ومالُهُ يَنْقَسِمُ إِلَىٰ ما يستَحِقُّهُ لعمومِ كَوْنِهِ لقيطاً وإِلَىٰ ما يستحقُّهُ بخصوصِهِ.

أمَّا الأَوَّلُ، فكالحاصِلِ من الأوقاف العامَّة على اللُّقَطَاءِ، قال في الكتاب: «هُو ما وُقِفَ على اللُّقَطَاءِ، أو ما وُهِبَ منهم، أو أوصي لهم»، وأُجْرِيَ الهبةُ والوصيَّةُ مُجْرىٰ الوقف من وُقُوعِهِما لِلُّقَطَاءِ عامَّةً، ولم يذْكُرْ في «الوسيط» بِهَٰذِهِ اللفظة ولكنْ قال: «ومَالُهُ بالوصيَّة لِلَّقِيطِ والوقْفُ عَلَيْه والهبةُ منه»، وهذا أوضَحُ؛ لأنَّ الهِبَة لغير معيَّن مما تُسْتَبْعَدُ، فيجُوزُ تنزيل ما في الكتاب على ما ذَكَرَهُ هناك، وَيَجُوزُ أن تنزل الجهةُ العامَّةُ بمنزلة المَسْجد، حتى يجوزَ تملكها بالهِبَةِ؛ كما يجوزُ الوقْفُ عليها، وحينئذٍ يقبلُهُ القاضي، فإن كان كذلك، فالاستحقاقُ في الصور الثلاثة بجهةِ كَوْنِهِ لَقِيطاً، وإنْ فرض الوقْفُ عليه خاصَّةً أو الهبةُ أو الوصيَّةُ له، فهو مما يستحقُّهُ بخصُوصِهِ.

وقوله «ويقبله القاضي» يعني ما لِلُّقَطَاءِ مُطْلقاً، وربَّما يُوجَدُ بَدَلَهُ و«قَبِلَهُ القَاضِي» يعني ما وُهِبَ أو أُوصِيَ، وكلاهُمَا جائِزٌ، ومما يستحقُّهُ بخصوصِهِ ما يُوجَدُ تحت يده واختصاصه، فإنَّ للصغيرِ يَداً واختصاصاً كالبالغ، والأَصلُ الحرية، ما لم يعرف غيرها، وذلك كثيابه الملفوفة عليه الملبوسة والمفروشَة تحته، وما غُطِّيَ به من لِحَافٍ أو غيرِهِ، وما شُدَّ عليه، أو علَىٰ ثوبه، أو جُعِلَ في جَيْبِهِ مِنْ حُلِيٍّ أو دراهمَ وغيرها، وكذا الدابَّة التي توجد مشدودةً علَيْه، والتي عنَانُها بيده أو هِيَ مشدودتين في وسطه أو ثيابه، والمهد الذي هو فيه، وكذا الدنانيرُ المَنْثُورةُ فَوْقَه، والمصبوبة تحته، وتَحْتَ فِرَاشِهِ.

وحَكَى القاضي ابنُ كج وَجْهَيْنِ في التي هي تحْتَهُ، وكذا لوْ كَان في خيمةٍ أو دارٍ لَيْسَ فيها غَيْرُهُ، فهُمَا له، وعَن «الحاوِي» وَجْهَان في البُسْتَان[1]، ولو كان بقربه ثِيابٌ وأمتعةٌ موضوعةٌ أو دابَّةٌ، فوجهان:

---

(١) كذا أطلقه، والتصوير إذا لم يحكم له بالمكان، فإن حكم له بالأرض فهو له صرح به الدارمي وهو ظاهر، وكلامهم في باب الركاز مصرح به.

أصحُهُما: أنها لا تجعل له؛ كما لو كانَتْ بعيدةً عَنْه.

والثاني: تُجْعَلُ له؛ لأنَّ مِثْل هَٰذا يثبت اليد، والاختصاصَ في حقِّ البالغ؛ ألا ترى أنَّ الأمتعة الموضُوعَة في السُّوقِ بِقُرْبِ الشَّخْصِ يُجْعَلُ له والمالُ المدفونُ تحته يُجْعَلُ له[1]؛ لأنَّه لا يقصد بالدَّفْنِ الضمَّ إلى الطفلِ بخلاف ما يُلَفُّ عَلَيْه، ويوضَعُ بالقُرْب منه، لكنْ، لو وُجِدَتْ معه أو في ثيابِهِ رقعةٌ فيها أن تحته دفيناً وأنه له، ففيه وجهان، حكاهما الإمامُ:

أظْهَرُهُمَا عند صاحب الكتاب: أنَّه له بقرينة الرُّقْعةُ، وقد يتفق في العُرْفِ مثلُهُ..

والثاني: أنّا نجري على القياس، ولا نُبَالي بالرُّقْعَة، وهذا ما يوافِقُ كلام أكْثَرِهِمْ[2].

قال الإمامُ: ومَنْ عَوَّل على الرقعة، فلَيْتَ شِعْرِي؛ ما يقولُ فيما إذا أرشدتِ الرقعةُ إِلَىٰ دفينٍ بالبُعْد أو دابَّة مربوطةٍ بالبعْدِ[3].

لو كانَتِ الدَّابَّةُ مشدودةً باللَّقِيط [وعليها راكب].

قال القاضي ابنُ كج: هي بينهما، وما سِوَى الدَّفين من هذه الأموال، إن لم يجعل لِلَّقِيطِ، فهو لُقَطَةٌ، والدفين قد يكونُ رِكَازاً، وقد يكونُ لُقَطَةً، على ما تقدَّم، هذا إذا عُرِفَ له مالٌ، فإنْ لم يُعْرَف، فقولان:

أصحُهما، وهو المذْكور في الكتاب: أنَّه ينفقُ الإمام عليْهِ من بيْتِ المالِ منْ سَهْم المصالح؛ لما رُوِيَ عن عُمَر ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أنَّه اسْتَشَار الصَّحابةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ـ في نَفَقَةِ اللَّقيطِ، فَقَالُوا: من بيتِ المالِ[4]، ولِأَنَّ البالغَ المعتبر يُنْفِقُ علَيْه من بَيْتِ المالِ، فاللَّقيطُ العَاجِزُ أَوْلَىٰ.

---

(١) وجزم به الدارمي في الاستذكار ووجهه ابن الرفعة بأنا لو رأينا مع البالغ رقعة مثل ذلك لم يحكم له بذلك في حق الصغير، وقد يقال: إن البالغة لو ادعاه ينبغي تصديقه ولا أثر للرقعة بخلاف الصبي.

(٢) قال النووي: مقتضاه أن يجعله للقيط، فإن الاعتماد إنما هو على الرقعة، لا على كونه تحته. والله أعلم.

(٣) وبه جزم في الذخائر فقال بعد حكاية وجه العمل بالرقعة: ويلزم على هذا طرده في الدفين، وإن بعد والدابة المربوطة على بعد أيضاً.

وقال الإمام: إن الدفين مطلقاً بمثابة الشيء البعيد عن اللقيط.

(٤) أورده الماوردي في الحاوي والشيرازي في المهذب، ولم يقف له على أصل، وإنما يعرف من قصة أبي جميلة: أن عمر قال: وعلينا نفقته من بيت المال، لكن لم ينقل أن أحداً من الصحابة أنكر عليه. قاله في التلخيص.

والثاني: أنَّه لا تكُونُ في بيْتِ المَالِ؛ لأنَّ مالَ بَيْتِ المَالِ يُصْرَفُ إلَىٰ ما لا وَجْهَ له سِوَاهُ، واللَّقِيطُ يجوزُ أنْ يكونَ رقيقاً، فنفقتُهُ على سيِّده، أو حُرًّا له مالٌ، أو قريبٌ، فنفقَتُهُ في ماله، أو عَلَىٰ قريبه، فعلى هذا، يستقرض الإمامُ لنفقَتِهِ مِنْ بَيْتِ المالِ، أو مِنْ واحدٍ من الناسِ، فإن لم يكُنْ في بيت المالِ شَيْءٌ، ولم يُقْرِضْهُ أحَدٌ من الناس، جَمَعَ الإمامُ أهْلَ الثروةِ من البَلَدِ، وقَسَّطَ عليهم نَفَقَتَهُ، ويجْعَلُ نَفْسَهُ منْهم، ثمَّ إنْ بَانَ رقيقاً، رجَعُوا علَىٰ سَيِّدِهِ، وإنْ كان حرًّا له مالٌ أو قريبٌ، فالرجوعُ عليه، وإنْ بَانَ حرًّا لا قريبَ له ولا مالَ ولا كسبَ، قَضَى الإِمَامُ حَقَّهُمْ منْ سَهْم الفقراء والمساكين أو الغَارِمِينَ، كما يراه[1].

وإنْ قُلْنا بالأوّل الأصَحِّ، فلو لم يَكُنْ في بيْتِ المالِ مالٌ، أو كان هناك ما هُوَ أهمُّ؛ كَسَدِّ ثَغْرٍ يَعْظُمُ ضَرَرُهُ، لو تُرِكَ، قام المُسْلِمُونَ بكفايَتِهِ، ولم يَجُزْ لهم تضييعُهُ، ثم طريقُهُ طريقُ النَّفقة، أو طَرِيقُ القَرْض؟ فيه قولان:

أَحَدُهُمَا: طريقُ النَّفَقَةِ؛ لأنَّه محتاج عاجِزٌ؛ فأشْبَهَ المجنونَ والفقير والزَّمن، فعلَىٰ هذا؛ إذا قام به بعضُهُمْ، حَصَلَ الغَرَضُ، واندفَعَ الحَرَجُ، عن الباقين، وإن امتنعوا أَثِمَ جميعُهُمْ، وطالَبَهُمُ الإمامُ، فإن أَصَرُّوا، قاتَلَهُمْ، وعند التعذُّر، يستقرض على بيْتِ المَالِ، وينفق عليه.

والثاني: أنَّ طريقَهُ طَرِيقُ القَرْضِ، حتَّى يثبت الرجوعُ؛ كما يبذل الطعام للمضطر بالعوض؛ وهذا؛ لأنَّه يجوزُ أنْ يَكُونَ رَقِيقاً، أو يَكُونَ له مالٌ أو قريبٌ، كما تقدَّم، فعلَىٰ هذا؛ إنْ تَيَسَّرَ الاستقراضُ، فذاك، وإلا، قَسَّطَ الإمامُ نَفَقَتَهُ علَى المُوسِرِينَ مِنْ أهل البَلَدِ، ثم إن ظهرَ عبداً، فالرُّجُوعُ على سَيِّدِهِ، وإن ظهر له مالٌ أو اكْتَسَبَهُ، فالرجوعُ عليه، فإن لم يكن شيْءٌ، قضى من سَهْم المساكين، أو الغارِمِينَ، وإنْ حَصَلَ في بيتِ المال مالٌ، قبل بلوغه ويَسَارِهِ، قضى منه؛ لأنّا نفرِّع عَلَىٰ أنَّه، إذا كان في بيت المالِ

---

(١) قال النووي في زياداته: اعتباره القريب غريب، قلَّ من ذكره، وهو ضعيف، فإن نفقة القريب تسقط بمضيِّ الزمان والله أعلم.

قال البلقيني: تضعيف النووي ما ذكره الرافعي من اعتبار القريب عجيب، فإن نفقة القريب لا تسقط بمضي الزمان عند استقراض القاضي أو أزيد في الاستقراض لعينه أو امتناع. وقد صرح بما ذكره الرافعي والروياني في البحر فقال: وإن بان عبداً ارجع بالنفقة على سيده، وإن بان له أب غني أخذها من أبيه، وما ذكره الروياني اتبع فيه القاضي الماوردي، فإنه جزم بذلك في الحاوي وهو الصواب. انتهى.

وما ذكره الماوردي ذكره الشيخ في المهذب وعزاه في الخادم أيضاً لصاحب التهذيب والعدة والقاضي حسين، وقد زعم بعضهم أنه لا خلاف فيه، لكن في تعليق ابن أبي هريرة ما يساعد النووي، ثم ساق لفظه فحصل خلاف في المسألة.

مَالٌ فنفقتُه مِنْهُ، وَإِنْ حَصَلَ في بَيْتِ المَالِ أو حصل للقيطِ مالٌ دَفْعَةً واحِدةً، قَضَىٰ من مالِ اللَّقِيطِ، كما إذا كان لَهُ مالٌ، وفي بيتِ المالِ مالٌ، تكونُ نفقتُه في مَالِهِ، ولم يتعرَّضِ الأَصْحَابُ لطَرْدِ الخِلافِ في أنَّه إنفاقٌ أو إقراضٌ، إذا كان في بَيْتِ المَالِ مالٌ، وقلْنا: إنَّ نفقتهُ منه، والقياسُ طَرْدُه، وما الأظْهَرُ من هذا الخلاف[1]؟

إيراد الكتاب يُشْعِرُ بتَرْجيحِ الأَوَّلِ؛ فإنَّه مالٌ لا رُجُوعَ عَلَيْه، وقد قِيلَ: إنَّه، إنْ ظَهَر رِقُّهُ إلى آخره، ويُحْكَىٰ أنه اخْتيار القاضي الحُسَيْن، وقضيةُ سياقِ أصْحَابِنا العراقيين وغَيْرَهُمْ إنَّ الثاني أظْهَرُ.

وحيثُ قلْنا: إنَّ الإمامَ يُقسِّطُ النفقةَ على الأغْنياء، فذاك عنْد إمكان الاستيعاب، فأمَّا إذا كَثُرُوا، وتعذَّر التَّوْزِيعُ عليهم، قال الإمامُ: يضربُها السُّلْطَانُ علَىٰ من يراه منْهم، يجتهدُ فيه، فإن اسْتَوَوْا في نظره، تَخَيَّر[2]، وإلَىٰ هذا الكلام أشارَ صاحبُ الكتابِ بقوله «وزعه على من رآه من أغنياء المسلمين» ثم المرادُ أغنياءُ تلكَ البلدة أو القَرْيَةِ.

قال الغَزَالِيُّ: **ثُمَّ مَهْمَا كَانَ لِلَّقِيطِ مَالٌ لَمْ يَجُزْ لِلْمُلْتَقِطِ إنفَاقُهُ إلاَّ بِإِذْنِ القَاضِي، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَاضٍ فَلْيُشْهِدْ عَلَيْهِ، فَإِنْ أَنْفَقَ دُونَ إِشْهَادِهِ ضَمِنَ، وَهَلْ يَسْتَقِلُّ بِحِفْظِ مَالِهِ دُونَ إِذْنِ القَاضِي؟ فِيهِ خِلاَفٌ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا كان للَّقيط مالٌ، فَهَلْ يستقلُّ الملتَقِطُ بحِفْظه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، بل يحتاج فيه إلَىٰ إذْن القاضي؛ لأنَّ إثباتَ اليَدِ على المالِ يفتقر إلَىٰ ولايةٍ عامَّةٍ أو خاصَّةٍ، ولا ولاية للملتَقِطِ.

وأرجحُهما على ما يقتضيه إيرادُ «التهذيب» الاسْتقلالُ؛ لأنَّه مستقل بحفْظِ المالك، بلْ هو أَوْلَىٰ به من القاضي[3]، فكان أَوْلَىٰ بحفْظ مالِه ولِقُوَّة يَدِهِ.

---

(١) قال النووي: ظاهر كلامهم، أنه إنفاق، فلا رجوع لبيت المال قطعاً، وهذا هو المختار الظاهر. والله أعلم.
قال الشيخ البلقيني: قد تعرض له أبو الفرج الزاز في تعليقه وساق لفظه.
قال في الخادم: ويساعده يعني الشيخ النووي قول الماوردي إذا أوجبناه من بيت المال فلا رجوع بما أنفق منه على اختلاف ما ظهر من أحواله لوجوبها فيه ـ إلى آخر ما ذكره في أحكام اللقيط.

(٢) لأنه لا سبيل إلى التوزيع على كافتهم ولا سبيل إلى الإقراع بين أقوام لا حصر لهم، فلم يبق إلا ذلك. قال صاحب الذخائر: وفي هذا نظر إذ التفريغ يمكن بأن يؤخذ من جميعهم نفقة شهر أو جميعه أو نحوه أو يؤمر كل منهم بأن ينفق عليه يوماً إذ كلهم سواء في توجه النفقة عليهم وقدرتهم عليها، فلم يتخصص الوجوب بأحد منهم.

(٣) قال النووي: رجح الإمام الرافعي في «المحرر» هذا الثاني.

حكى القَاضِي ابنُ كج وغَيْرُهُ وجْهَيْنِ من مخاصَمَتِهِ، إذا ظهرَ للمال المخصوصِ باللَّقيطِ مُنَازِعُ، والأصحُّ أنَّه لا يُخَاصَم.

وسواءٌ قلْنا له: إنه يستقل بالحفْظ أو لا، فليس له إنفاقُه على اللَّقِيطِ إلاَّ بإذْن القاضي، إذا أمكن مراجَعَتُهُ، ولو أنفق، صار ضامناً ولم يكنْ له الرجوعُ عَلَى اللَّقيط، كمن في يده وَدِيعةٌ ليتيمٍ، فأنفقها علَيْه، هذا هو المَشْهُور.

وفي كتاب القاضي ابنِ كج وجْهٌ غريبٌ؛ أنَّه لا يَصِيرُ ضامناً.

وإذا رُفِعَ الأمرُ إلى الحاكم، قُلْنا: خُذِ المالَ منْهُ، وليسلم إلى أمين، لينفقَ منه على اللَّقيطِ بالمَعْرُوف، أو يَصْرِفَهُ إلى المُلْتَقِطِ يوماً بيَوْم، ثم إنْ خالفَ الأَمِينُ، وقتر علَيْهِ، مُنِعَ مِنْهُ، وإنْ أسْرَفَ، ضَمِنَ كُلُّ واحِدٍ من الأمين والمُلْتَقِطِ الزِّيَادَةَ، والقَرَارُ عَلى الملتَقِط، إذا كان قد سَلَّمَهُ إلَيْهِ، لِحُصُول الهَلاَك في يده، وهَلْ يَجُوزُ أنْ يَتْرِكَ المالَ من يده؟ ويَأْذَنُ له في الإنفاق منه؟

تُقدَّم عَليْه مسألةٌ، وهي أنَّه إذا لم يَكُنْ لِلَّقيط مالٌ، واحتيج إلى الاستقراضِ [له]، هل يجوزُ للقاضِي أنْ يأذَنَ للملْتَقِطِ في الإنفاق علَيْه من مالِ نفسِه ليرجع؟

والنَّصُّ أنَّه يجوزُ، ونصَّ في الضالَّة أنَّه لا يَأْذَنُ لواجِدِهَا من الإنفاق عَلَيْها منْ مال نَفْسِه؛ لِيرجعَ علَىٰ صاحِبها، بل يَأْخُذُ المالَ منه ويدْفَعُه إلَىٰ أمِين[1]، ثم الأمينُ يَدفع إلَيْه كُلَّ يومٍ بِقَدْر الحاجة، فَتَحَزَّبَ الأصحابُ فيهما، قَال أكْثَرُهُمْ: المسألةُ على قولَيْن:

أَحَدُهُمَا: المنعُ في الصورَتَيْنِ، وبه قال المُزنيُّ، وإلاَّ كان قابضاً للغَيْر من مال نفسه، ومقبضاً.

وأشبههما عند الشَّيْخ أبي حامد: الجوازُ؛ لما في الأخذ والردُّ شيئاً فشيئاً من العُسْرِ والمشقَّة، ولا يَبْعُدُ أن يَجُوزَ للحَاجَةِ تولِّي الطرفين، ويَلْحَقُ الأمينَ الأبُ في ذلك، ومثلُ هذا الخلافِ قد سَبَقَ فيما إذا أنفق المالِكُ عنْد هَرَب العَامِلِ من المساقاة والمكري عنْد هَرَب الجِمَالِ، وأجراه أبو الفَرَجِ السَّرْخَسِيُّ في إنفاق قَيِّم الطِّفْل عليه مِنْ مال نفسِه، وأخذ حزبٌ بظاهِرِ النَّصَّيْنِ، وفَرَّقُوا بأنَّ اللقيطَ لا وليُّ له ظاهراً، فجاز أن يَجْعَلَ القاضِي المُلْتَقِطَ وَلِيّاً، وصاحبُ اللُّقطَةِ قد يكونُ رشيداً لا يولَّى عليه، جئنا إلى

(١) حكاه ابن أبي هريرة في تعليقه فقال: ولو كان أنفق من مال المنبوذ، ومن غير إذن الحاكم فإن قلنا، في مسألة الجمال لا يرجع به عليهما فهاهنا أولى، وإن قلنا: رجع على الجمال احتمل في رجوع اللقيط عليه إذا بلغ وجهان: أحدهما: لا، ويفارق المستأجر؛ لأنه أنفق من ماله، ولو رفع إلى السلطان، وكان له مال كان ينفق عليه من ماله بخلاف المستأجر؛ لأنه كان لا ينفق عليه من مال الجمال بل كان يستقرض عليه.

إذْنِ الملتقِطِ في الإنفاق على اللَّقِيط من ماله، فالأكثرون قد طَرَدُوا الطَّرِيقَيْنِ في جوازِهِ، والأحْسَنُ ما أَشَارَ إِلَيْه أبْنُ الصَّبَّاغِ، وهو القَطْعُ بالجواز؛ لأنَّ ما ذكرنا [ه] من اتِّحادِ القابض والمُقْبض لا يتحقَّق هاهنا، بل هو كقَيِّم اليتيم، يأْذَنُ له القاضي في الإنفاق عَلَيْه من ماله، وليعد المصير إلى المنع؛ لما حكاه الإمامُ وجْهاً عن العراقيين ـ رحمهم الله ـ قال: لا آمَنُ أنْ يكونَ غَلْطَة من نَاسخ، لأنَّ الأَمْرَ أَعْظَمُ من أن يُحْتَمَلَ ذلك، فالطُّرُق على اختلافها مشحونةٌ بالطريقين، ويَنْبَغي أن يجري هَذَا الخلافُ في تسليم ما أستقرضه القاضي على الجِمَالِ الهَارِبِ إلى المكتري، ولا ذِكْرَ له هناك..

وإذا جوَّزنا أن يأذنَ لهُ في الإنفاق، فأَذِنَ له، ثم بلغ اللقيطُ، واختلفا فيما أَنْفَقَ، فالقَوْلُ قَوْلُ الملْتَقِطِ، إذا كان ما يَدَّعيه قصداً لائقاً بالحال، وقد مَرَّ في هَرَبِ الجمالِ حكايةُ وجْه آخَرَ؛ تفريعاً على هذا الوجه؛ أنَّ القولَ قولُ الجمال، والقياسُ اطراده هاهنا[١]. وإن ادعى ما يزيد على المعروف، فهو مُقِرٌّ على نفسِه بالتفريط فيضْمَنُ، ولا معنى للتحليف.

قال الإمام: لكنْ لو وقع النِّزاعُ في عَيْنِ مالٍ، فزعم الملْتَقِطُ أنَّه أنفقَها، فيصدَّق؛ ليقطع المطالبة بالعين، ثم يضمن كالغاصب، إذا ادَّعَى التلف، هَذَا، إذا أمكن مراجعةُ القاضي. أمَّا إذا لم يَكُنْ في الموضِع قاضٍ، فينفق من مَالِ اللَّقيط عليه بنفسه، أو يدفعُه إلى أمين لينفقَ عليه؟

رَوَىٰ صاحبُ «التهذيب» وغيرُه قولَيْن:

أصحُّهُما الأوَّل، وحينئذ ينظر؛ أن أشهد علَيْه، لم يضمن؛ لأنَّه موضِعُ ضرورةٍ، وفيه وجهٌ، وإنْ لم يُشْهِدْ، ضمن، وفيه وجْهٌ؛ إمَّا مُطْلَقاً أو عند تعذُّر الإشهاد، وكلُّ ذلك كالخِلاَفِ في الرُّجُوعِ، إذا هَرَبَ عاملُ المساقاة أو الجَمَّالُ، وقد ترتَّب ما نحن فيه عليهما، ويُقَالُ: هذا أَوْلَىٰ بالجواز، لأنَّ للملتقط نَوْعُ ولايةٍ على اللقيط، فجازَ أن يتصرَّفَ في مالِه عند العجز عن القاضي، ولأنَّ غرضهُ هاهنا أنْ يصدقَ؛ فلا يضمن، وهناك يلزمُ غَيْرُهُ بالرجوع.

البَابُ الثَّانِي فِي أَحْكَامِ اللَّقِيط

قال الغَزَالِيُّ: **وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: (الأَوَّلُ: إِسْلاَمُهُ) وَالإِسْلاَمُ يَحْصُلُ اسْتِقْلاَلاً بِمُبَاشَرَةِ البَالِغِ، وَلاَ يَحْصُلُ بِمُبَاشَرَةِ الصَّبِيِّ وَإِنْ كَانَ مُمَيِّزاً (ح م) عَلَى المَذْهَبِ الظَّاهِرِ، نَعَمْ إِذَا**

(١) وهذا الذي زعم أنه سبق له في هرب الجمال ليس كذلك، وإنما حكاه فيما إذا أنفق من غير مراجعة الحاكم، ومسألتنا في الإذن، قاله في الخادم.

وَصَفَ الإِسْلاَمَ حيلَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَبَوَيْهِ خِيفَةَ الاسْتِدْرَاجِ، وَقِيلَ: إِنَّ ذَلِكَ اسْتِحْبَابٌ إِنْ فَرَّعْنَاهُ عَلَى المَذْهَبِ فِي بُطْلاَنِ إِسْلاَمِهِ، أَمَّا الصَّبِيُّ الَّذِي لاَ يُمَيِّزُ وَالمَجْنُونُ فَلاَ يُتَصَوَّرُ إِسْلاَمُهُمَا إِلاَّ تَابِعاً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مِنْ أَحكامِ اللَّقِيطِ إِسْلاَمُهُ وكُفْرُهُ. واعْلَمْ أَنَّ إسلام الشَّخْصِ قد يثبُتُ بنَفْسِهِ استقلالاً، وقد يثبت بغَيْره تَبَعاً.

أما القِسْمُ الأَوَّلُ: فذلك في حقِّ البالغ العَاقِلِ، فيصح منه مباشرةُ الإِسْلام بالعبارَةِ، إن كان ناطقاً، وبالإِشَارَةِ، إن كان أَخْرَسَ.

وأمَّا الصَّبِيُّ[1] المميزُ فلا يصحُّ إِسلامُهُ، على ظاهر المَذْهَب، لأنَّهُ غيرُ مُكَلَّف فأشْبَهَ غَيْرَ المميَّز.

والمجنون فيه وجهان آخَرَان:

أحدُهما، ويُحْكَىٰ عن ابن أبي هريرة أنا نتوقَّف، فإِنْ بلغ واستَمَرَّ على كلمة الإِسْلاَمَ تَبَيَّنا كَوْنَهُ مُسْلِماً مِنْ يَوْمِئِذٍ، وإِنْ وصَف الكُفْرَ، تَبَيَّنَّا أنَّه كان لَغْواً، وقد يعبّر عن هذا بصحَّة إِسْلامه ظاهراً لا بَاطناً، ومعناه أنَّا نُخْرِجُه من زمرة الكفَّارِ، ونُلْحِقُهُ بزُمْرَة المسلمين في الظاهر، ولا نَدْرِي استمرارُ هذا الإِلْحاق وعدمه.

والثاني: أنَّه يصحُّ إِسْلامُهُ، حتى يُفَرَّق بيْنَهُ وبيْن زوْجَتِهِ الكافِرَةِ، ويَرِثُ مِنْ قريبه المُسْلِم، لِمَا رُوِيَ أنَّ علياً ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ دَعَاهُ رَسُولُ اللَّه ﷺ إِلَىٰ الإِسْلاَمِ قَبْلَ بُلُوغِهِ، فَأَجَابَهُ[2]. ويُحْكَى هَذَا الطريق عَن الإِصْطَخْرِيّ، وبه قال أبو حنيفة، وأحْمَدُ.

---

(١) واعتبار التمييز هو المشهور، ولكن صرح الماوردي والحليمي بأنه لا يكفي بل لا بد معه أن يتصل مذهبه إلى معرفة الحق من الباطل، ويميز ما بين الشبهة والدليل، ويعلم في الجملة أنها شهادة الحق وجعلها ذلك هو محل الخلاف. قال الحليمي: وأجمعوا على أن الطفل إذا لقن الشهادة فقالها وهو لا يميزها، ولا يعرف ما يراد بها لم تكن منه إسلاماً.

(٢) قال الحافظ في التلخيص: قال ابن سعد في الطبقات أخبرنا إسماعيل بن أبي أويس حدثني أبي عن الحسن بن زيد بن الحسن قال: إن النبي ﷺ دعا علياً إلى الإسلام وهو ابن سبع سنين أو دونها، فأجاب، ولم يعبد وثناً، قط لصغره، وروى البيهقي بسند ضعيف عن علي أنه كان يقول: سبقتكم إلى الإسلام طراً: صغيراً ما بلغت أوان حلمي، وروى الحاكم في المستدرك عن ابن عباس أن النبي ﷺ دفع الراية إلى علي يوم بدر وهو ابن عشرين سنة، وكانت بدر بعد المبعث بأربع عشرة سنة، فيكون في المبعث ستة أو سبعة أعوام، وفي المستدرك أيضاً من طريق ابن إسحاق أن علياً أسلم وهو ابن عشر سنين، وقال ابن أبي خيثمة أخبرنا قتيبة أخبرنا الليث عن أبي الأسود عمن حدثه: أن علياً أسلم وهو ابن ثمان سنين، وأما ما روي عن الحسن أن علياً كان له =

وعن مالكٍ اختلافُ روايةٍ، وعلى هذا؛ فلو ارْتَدَّ، صحَّتْ رِدَّتُه أيضاً، ولكنْ لا يُقتَلُ، حتى يَبْلُغَ، فإن تابَ، وَإلاَّ، قُتِلَ[١].

وإذا قلْنا بظاهر المَذْهَبِ، فقد نَصَّ الشَّافِعِيُّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أنَّه يُحَالُ بيْنَهُ وبيْن أبَوَيْهِ وأهله الكفَّارِ؛ خِيفَةَ أن يستَدْرِجُوه، وطمعاً في أنْ يثبتَ بعد البُلُوغ على ما وصَفَه، فإنْ[٢] وَصَفَ الكُفْرَ بعد البلوغ، هُدِّدَ وطُولِبَ بالإسْلام، فإنْ أصَرَّ، رُدَّ إليهم، وفي هذه الحَيْلُولَةِ وجهان مَرويَّان في «النهاية»:

[و] أحدهما: إيرادُ الكِتاب يقتضي ترجيحَهُ أنَّها محتومة؛ احتياطاً لأمر الإسْلام.

وأشْبَهُهمَا، وهو المذْكُور في «التتمة»: أنَّهَا مسْتَحَبَّةٌ، فيستعطف بوالِدَيْهِ لِيُؤْخَذَ منهما، فإنْ أبَيَا، فلا حيلولةَ، هَذَا في أحكام الدنيا.

وأمَّا فيما يتعلَّق بالآخرَةِ، فَعَنِ الشَّيْخ أبي محمد: أنَّ الأُسْتَاذَ أبَا إسحاقَ قال: إذا أضْمَرَ الإسْلاَمَ كما أظهره، كَانَ من الفائزين بالجنَّةِ، وإن لم يتعلَّقْ بإسْلاَمِهِ أحكامُ الدُّنيا، ويعبَّر عنْ هَذَا بأنَّ إسْلاَمَهُ صحيحٌ باطِناً لا ظَاهِراً.

قال الإمامُ: وفي هذا إشْكَالٌ؛ لأنَّ من يُحْكَمُ له بالفَوْز؛ لإسلامه، كيف لا يُحْكَمُ بإسلامِهِ؟ وقد يُجَابُ عنهُ بأنه قَدْ يُحْكَمُ بالفَوْزِ في الآخِرَة، وإنْ لم يُحْكَمْ بأحكام الإسْلام في الدُّنيا، كَمَنْ لَمْ تَبْلُغْهُ الدَّعوةُ[٣].

= حين أسلم خمس عشر سنة، فقد ضعفه ابن الجوزي لاتفاقهم على أنه لما مات لم يجاوز ثلاثاً وستين، واختلف فيهما دونها فلو صح قول الحسن لكان عمره ثمانياً وستين. قلت: قد قيل: إن عمره كان خمساً وستين، فإذا قلنا بما رواه ربيعة عن أنس أن النبي ﷺ أقام بمكة بعد المبعث عشر سنين، فيتخرج قول الحسن على وجه من الصحة، وإن كان الأصح غيره، وقال البيهقي: يحتمل أن يكون قول الصبي المميز في أول البعثة كان محكوماً بصحته، ثم ورد الحكم بغير ذلك، وأما على قول الحسن فلا إشكال، وأغرب من ذلك قول جعفر بن محمد عن أبيه أنه لما مات كان عمره ثمانياً وخمسين سنة، فإن قلنا بالمشهور كان عمره عند المبعث خمس سنين أو ست، وإن قلنا بقول ربيعة عن أنس كان ابن ثمان أو تسع والله أعلم. واحتج البيهقي على صحة إسلام الصبي بحديث أنس: كان غلام يهودي يخدم النبي ﷺ ـ الحديث ـ وفيه: أنه مرض فعرض عليه الإسلام فأسلم، وأخرجه البخاري، وبحديث ابن عمر أنه عرض الإسلام على ابن صياد وهو لم يبلغ الحلم، متفق عليه، وبحديث: مروهم بالصلاة لسبع، أخرجه أصحاب السنن.

(١) قال النووي الحكم بصحة الردة بعيد بل غلط. والله أعلم.

(٢) سقط في: د.

(٣) قال في الخادم: فيه أمران:

أحدهما: اعترض عليه ابن الرفعة بأن قول الإمام من يحكم له بالفوز لإسلامه مخرج هذه الصفة، وأجاب ابن أبي الدم بأن الأستاذ لم يحكم له بالفوز لإسلامه بل لإيمانه، ولا يلزم من الحكم=

وغيرُ المميِّز والمجْنُون لا يصِحُّ إسلامُهما مباشرةً بالاتِّفاق، ولا يُحكَمُ بإسلامهما إلا على جهة التَّبعيَّة.

قال الغَزَالِيُّ: **وَلِلتَّبَعِيَّةِ ثَلاَثُ جِهَاتٍ: (الأُولَىٰ) إسْلاَمُ أَحدِ الأَبَوَيْنِ، فَكُلُّ مَن انْفَصَلَ مِنْ مُسْلِمٍ أَوْ مُسْلِمَةٍ (م) فَهُوَ مُسْلِمٌ، وَإِنْ طَرَأَ إِسْلاَمُ أَحَدِ الأَبَوَيْنِ حُكِمَ بِالإِسْلاَمِ فِي الحَالِ، وَكَذَا إِذَا أَسْلَمَ أَحَدُ الأَجْدَادِ أَو الْجِدَّاتِ إِذَا لَمْ يَكُنْ الأَقْرَبُ حَيًّا، فَإِنْ كَانَ حَيًّا فَفِي تَبَعِيَّتِهِ تَرَدُّدٌ (و)، ثُمَّ إِذَا بَلَغَ وَأَعْرَبَ عَنْ نَفْسِهِ بِالكُفْرِ فَهُوَ مُرْتَدٌّ عَلَىٰ أَصَحِّ القَوْلَيْنِ، وَمَا سَبَقَ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ لاَ يُنْقَضُ، وَلَوْ قُتِلَ قَبْلَ البُلُوغِ لَمْ يَسْقُطِ الْقِصَاصُ لِشُبْهَةِ الكُفْرِ، وَإِنْ قُتِلَ بَعْدَ البُلُوغِ وَقَبْلَ الإِعْرَابِ وَجَبَتِ الدِّيَةُ، وَفِي القِصَاصِ خِلاَفٌ لأَجْلِ الشُّبْهَةِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إحْدَىٰ جهاتِ التَّبَعِيَّة في الإِسْلاَم إسلامُ الأَبَوَيِن، أَو أحدهما، وذلك يفرض من وجْهَيْنِ:

أحدُهُمَا: أن يَكونَ الأبوانِ أو أحدُهَمَا مُسْلِماً يَوْمَ الْعُلُوق، فَيُحْكَمُ بإسلامِ الوَلَدِ؛ لأنَّه جزء من مُسْلِمٍ، وإن بلغَ وأعْرَبَ عن نفسِه بالكفرِ، فهو مُرتَدٌّ.

والثاني: أنْ يكونَا كَافِرَيْنِ يَوْمَ العُلُوق، ثم يُسْلِما أو أحدُهما، فيُحْكَمُ بإسلام الوَلَدِ في الحالِ، حتَّى يتعلَّق القصاصُ والدِّيَةُ بِقَتْلِهِ، ويُورَثُ من قريبه المُسْلِم، ويُحْرَمُ ميراثَ قَريبه الكَافِر، ويجوزُ إعْتاقُه عن الظِّهارِ، لو كان رَقِيقاً، وهذا لا تردُّد فيه، إذا قُلْنا: إنَّ إسلاَم الصَّبيِّ لا يَصِحُّ، أمَّا إذا صحَّحناه.

قال الإمامُ: تردَّد أصْحَاب أبي حنيفةَ في تبعيَّته لمن أسْلَم من أبَوَيْهِ، وهو موضعُ التردُّد؛ لأنَّ الجمْعَ بيْن إمكان الاستقلال وبين إثبات التبعيَّة بعيدٌ.

وقال مالكُ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ لا يَتْبَعُ الأمَّ إلا إذا أسْلَمَتْ إلاَّ أنْ يكونَ جنيناً في بَطْنِهَا.

= بالإسلام المتعلق باللفظ. وهذا منه بناء على تغاير الإيمان والإسلام، والفقهاء لا يفرقون بينهما على أن هذا الذي قاله ابن الأستاذ ما يجيء على القول بأن أطفال الشرك لا يدخلون الجنة، أما إذا قلنا بدخولها كما هو مذهب المحققين فهم من الفائزين بها، وإن لم يضمروا الإسلام، فكيف إذا أضمروه وأظهروه.

الثاني: ما حكاه عن الإمام من الاستشكال ليس كذلك، فإن الإمام لما نقله قال: ما عندي أن هذا الخبر مخالف فيما صار إليه ـ يعني محل اتفاق ـ قال: يجر إشكالاً ولم يقل فيه إشكال كما نقله الرافعي عنه.

لنا القياسُ على هذه الحالةِ، وعلى ما إذا كانتْ مُسْلمةً بعد العُلُوق، وذكر صاحبُ «النِّهاية» أنَّه مهما تأخَّر إسلامُ أَحَدِهِمَا عن العُلُوق فلا فرق بين أن يتَّفقَ في حالةِ اجتنانِ الولَدِ أو بعدَ انفصالِهِ، لكن يجوزُ أن يُجْعَلَ إسلامُ أحدِهِما في حَالَة الاجتنان، كما لو كان مُسْلماً يوم العُلُوق؛ جواباً على أنَّ الحَمْلَ لاَ يُعْرَفُ حتَّى يلتحقَ ذلك بالوَجْه الأوَّل، وستعرف ما يفترق به الوجْهَان المفْرُوضان. [و] من معنى الأبوين الأَجْدَادُ والجَدَّاتُ، سواءٌ كانوا وارِثِينَ أو لم يكونوا، فإذا طرأ إسْلامُ الجَدِّ، تَبِعَهُ الطِّفلُ، إن لم يكن الأب حَيًّا[1]، فإن كان حيًّا، فوجهان:

أَحَدُهُمَا: أنَّه لا يتْبَعُهُ، في الإسْلاَمِ؛ لأنَّ الجَدَّ لا ولايَةَ لَهُ في حياة الأَب، والجَدَّةُ لا حضانةَ لها في حياةِ الأمِّ.

وأمرَ بهما التبعية؛ لأنَّ سَبَبَ التَّبعيَّة القرابةُ، وأنَّها لا تختلفُ بحياةِ الأَبِ، وموته؛ كسُقُوط القِصَاصِ، وحدِّ القذف.

وقولهُ في الكتاب «وكذا إذا أَسْلَمَ أَحَدُ الأَجْدَادِ والجدَّاتِ» إلى آخره، يشتمل ما إذا كان الأَقْرَبُ متوسِّطاً بين الَّذي أَسْلَم، وبين الطِّفْلِ، وما إذا لم يكن، وهو مجرى على ظاهره حتَّى لو أسلم الجدُّ للأمِّ، والأبُ حيٌّ، اطَّرد الوجهان، ثم إذا بلغ الصبيُّ فله حالتان:

الحالة الأُولَىٰ: إذا أعرب عن نَفْسِه بالإسلام، فقد تأكَّد ما حَكَمْنا به، وانقطع الكَلاَمُ.

الحالةُ الثانية: إذا أَعْرَبَ بالكفر، ففيه قولان:

أصحُّهما: أنَّه مرتدٌّ؛ لأ[نَّه] سَبَقَ الحكمُ بإسْلامه جَزْماً؛ فأشبه مَنْ باشَر الإسلامَ ثم ارتَّد، وما إذا حَصَلَ العُلُوقُ في حالة الإسْلاَمِ.

والثاني: أنَّه كافر أصلي؛ لأنَّه كان مَحْكُوماً عَلَيْه بكُفْره أولاً، وأزيل ذلك بطريق التبعيَّة، فإذا استقلَّ، انقطعت التبعيَّةُ، فوجب أن يُعْتَبَرَ بنَفْسِهِ، ويقال: إن هَذا مخرَّجٌ، ومنْهُمْ من لم يُثْبِتْهُ، وقطَع بالأوَّل، فيَجُوزُ أنْ يُعْلَمَ؛ لذلك قولُه: «على أصحِّ القولَيْن» بالواو.

التفريعُ إن حَكَمْنا بكونِه مرتدّاً، لم يَنْقُضْ شيئاً مما [حكمنا به]، وأمْضَيْنَاه من أحكام الإسْلام، وإنْ حكمنا: إنَّه كافرٌ أصليٌّ، فوجهان:

---

(١) ما رجحه حكاه الماوردي عن أكثر الأصحاب.
قضية هذا البناء أنه لا يستتبع أمه في الإسلام فإنه لا ولاية له على المذهب، وليس كذلك، فإنه لا فرق عندنا في الاستتباع بين الأم والأب خلافاً لمالك.

أحدهما: أنَّها ممضاةٌ بحالها لجريانها في حالة التبعيَّة.

وأظهرهما: أنَّا نتبيَّن الانتقاضَ، ونستدرك ما يُمْكن استدراكُهُ حتى يرد ما أَخَذَه من تَرِكَة قَرِيبِهِ المُسْلمُ، ويأخُذ من تركَةِ قريبِهِ الكافر ما حَرَمْناه منه، ونُحْكَمُ بأنَّ إعتاقَه عن الكفَّارة لم يكن مجزئاً، هذا فيما جرَىٰ في الصِّغَر، فأمَّا إذا بَلَغَ، ومات له قريبٌ مُسلمٌ قبْلَ أن يُعْرِبَ عن نفسِه بشَيْءٍ، أو أعْتَقَ عن الكفَّارة في هذه الحالة، فإنْ قلْنا: لو أعْرَبَ عن نفْسِه بالكُفْر، لكان مرتدًّا، أمْضَينا أحكام الإسْلام ولا ينقض. وإنْ جعلْنَاه كافراً أصليًّا، فإنْ أَعْرَبَ بالكُفْر تبينا أنَّه لا إرْثَ له، ولا إجزاء عن الكفَّارة، وإنْ فات الإعرابُ بمَوْته أو قُتِل، فوجهان:

أَحَدُهُمَا: إمضاء أحكام الإسلام كما لو مات في الصِّغَرِ.

أَظْهَرُهُمَا: نتبين الانتقاضُ، لأنَّ سَبَبَ التبعيَّة الصِّغَرُ، وقد زال، ولم يَظْهَرْ في الحال حُكْمُهُ من نَفْسِه، فترك الأمر إلى الكُفْر الأصليِّ، وعن القاضي حُسَيْن أنَّه، لو ماتَ قبْل الإعْراب وبَعْد البلوغ، يرثُه قريبُهُ المُسْلِمُ، ولو ماتَ لَهُ قريبٌ مُسْلِمٌ، فإرْثُهُ عنه موقوفٌ.

قال الإمامُ: أمَّا التوريثُ منْهُ، فيخرج على أنَّه، إذا مات قَبْل الإعْرَاب، هل يُنْقض الحِكْمُ، وأمَّا توريثُهُ، فإنْ عنى بالتوقُّف أنَّه يُقَالُ: أَعْرِبْ عن نَفْسِكَ بالإسْلام، فهو قريبٌ، ويُستَفَادُ به الخُرُوج من الخلاف. [و] أمَّا إذا مات القَرِيبُ، ثم مات هو، وفاتَ الإعْرابَ بمَوْته، فلا سبيل إلى الفرق بَيْن تَوْرِيثِهِ والتَّوْرِيث عَنْه، وَلَوْ قُتِلَ بَعْد البُلُوغ، وقبل الإعْرَابُ، ففي تعلُّق القِصَاصِ بقتْله قولان:

أَحَدُهُمَا: التعلُّق، كما لو قُتِلَ قَبلَ البُلوغ.

والثاني: المَنْعُ؛ لأنَّ سكوتَه يحتملُ الكُفْرَ والجُحُودِ.

والقَصاصُ يُدْرَأ بالشُّبْهة، ويخالفُ ما قَبْل البُلُوغ، فإنَّه حينئذٍ مَحكومٌ بإسْلامه تَبَعاً وقد انقطَعتِ التبعيَّةُ بالبُلُوغ، والقولان مبنيَّان على أنَّه إذا أعربَ بالكُفْر، كان مرتداً أو كافراً أصليًّا، إن قلْنا بالأوَّل، وجب القِصَاصُ، وإن قلْنا بالثاني، فلا؛ لكن الظاهِرَ مَنْعُ القصاصِ، وإن كان الأظهرُ كَوْنَهُ مرتدًّا؛ تعليلاً بالشبهة.

وأمَّا الديةُ؛ فالذي أطلقوه، وحكوه عن نصِّ الشافعيِّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ تعلُّقُ الديةَ الكاملةِ بقَتْلِهِ، وقياسُ قوْلِنا ـ أنَّه لو أعْرَبَ بالكُفْر، كان كافراً أصليّاً أنه لا توجب الديَةَ الكاملةَ عَلَى رأيٍ، كما أنَّه إذا فاتَ الإعرابُ بالموت، يُرَدُّ الميراثُ والإجْزاءُ عن الكفَّارة على رأي[1].

---

(١) قال النووي: الصواب مما قاله الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم.

رَوَى الإمامُ عن القاضِي الحُسَيْن إجراءَ القول بمنع القَصَاصِ يمنع الحكم بأنَّه، لو أعْرَبَ بالكُفْر، كان مرتدًا وعَدَّهُ من هفواته.

وقولُه في الكتابِ: «ولو قُتِلَ قَبْلَ البُلُوغ، لم يَسْقُط القِصَاصُ؛ لشُبْهة الكُفْرُ»، يعني أنَّه لا يمتنعُ القِصَاصُ بسَبَب يوهِمُ الكُفْرَ بعْد البُلُوغ، إذ الإسْلاَمُ في الحال مَجْزَومٌ به.

«فَرْعٌ»

الصَّبِيُّ المحكومُ بكُفْرِهِ، إذا بلغَ مجنوناً، حُكْمَهُ حُكْمُ الصَّغير، حتَّى إذا أسلَمَ أحدُ والدَيه، تَبعه، وإن بلغ عَاقِلاً، ثم جُنَّ، فوجهان:

إن قلْنا: إنَّه إذا طرأ جُنُونُهُ، عادتْ ولايةُ المالِ إلى الأَبِ، فإذَا أَسْلَمَ، استتبعه، وهو الأَصَحُّ، وإلاَّ، فلا.

قال الغَزَاليُّ: **(اَلْجِهَةُ الثَّانِيَةُ) تَبَعِيَّةُ السَّابِي المُسْلِم، وَمَنِ اسْتَرَقَّ طِفْلاً حُكِمَ بِإسْلاَمِهِ (و)، وَإِن اسْتَرَقَّهُ ذِمِّيٌ لَمْ يُحْكَمْ بِإِسْلاَمِهِ عَلَىٰ أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ، وَإِنْ بَاعَهُ مِنْ مُسْلِمٍ لَمْ يُحْكَمْ أَيضاً بِإِسْلاَمِهِ لِأَنَّ مِلْكَ المُسْلِمِ طَارِىءٌ وَإِنَّمَا ذَلِكَ أَثَرُ الابْتِدَاءِ، وَلَوْ اسْتَرَقَّهُ مُسْلِمٌ وَمَعَهُ أَبَوَاهُ لَمْ يُحْكَمْ بِإسْلامِهِ، ثُمَّ حُكْمُ هَٰذَا الصَّبِيِّ حُكْمُ مَنْ قُضِيَ بِإِسْلاَمِهِ تَابِعاً لأَبَوَيْهِ إِذَا بَلَغَ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الثانيةُ: تبعيَّةُ السَّابِي، فإذا سَبَى المُسْلِمُ طِفْلاً منفرِداً عن أَبَوَيْهِ، حُكِمَ بإسلامه؛ لأنَّه صَارَ تَحْتَ ولايَتِهِ، ولَيْسَ مَعَه مَنْ هو أقْرَبُ إلَيْه، فتبعه كما تبعه الأبوَيْنِ[١].

قال الإمامُ: وكأنَّ السَّبْي، لما أبْطَلَ حرِّيَّتَه، قلَبَهُ قَلْباً كُلِّيًا، فعدم عما كان واستفتح لَهُ وجود تحت يَدِ السَّابِي وولايتِهِ؛ فأشْبَهَ تولُّدَهُ من الأبَوَيْنِ.

---

(١) قال النووي: هذا الذي جزم به، هو الصواب المقطوع به في كتب المذهب، وشذ صاحب «المهذب» فذكر في كتاب السِّيَر في الحكم بإسلامه وجهين، وزعم أن ظاهر المذهب: أنه لا يحكم به، وليس بشيء، وإنما ذكرته تنبيهاً على ضعفه لئلا يغتر به والله أعلم.
ما نقله عن الرافعي الجزم معذور فيه، والصواب خلافه.
وأما دعواه شذوذ صاحب المهذب بالخلاف والترجيح فليس كذلك، فإن الشيخ تابع فيهما الماوردي فقال: والضرب الثاني أن يسبى وحده دون أبويه ففيه وجهان: أحدهما: وهو الظاهر من مذهب الشافعي أنه لا يتبع سائبه في الإسلام ويكون حكمه في الشرح حكم أبويه؛ لأن يد السابي استرقاق فلم يوجب إسلامه كالسيد والوجه الثاني أنه يتبع الأب في إسلامه؛ لأنه قبل البلوغ تبع لغيره.

ولو كان السابِي ذِمِّيًا، فوجهان:

أَحَدُهُمَا: أنَّه يُحْكَمُ بإسْلامِهِ أيْضاً؛ لأنَّه، إذا أسبيناه، صار مِنْ أهل دار الإِسْلاَم؛ لأنَّ الذمِّيَّ مِنْ أهلها، فيُجْعَلُ مُسْلِماً تبعاً للدَّار.

وأَصَحُّهُمَا: المنعُ؛ لأنَّ كونه من أَهْلِ الدارِ، لم يُؤَثِّرْ فِيهِ وفي حقِّ أولاده(١)، فكيف يُؤَثِّرُ في حقِّ مَسْبِيِّهِ، وتبعيَّة الدار إنَّما تُؤَثِّرُ في حَقِّ من لا يُعْرَفُ حالُهُ ونَسَبُهُ، ثم لو بَاعَهُ الذِّمِّيُّ من مُسْلِم، لم يُحْكَم بإسلامه(٢) أيْضاً؛ لأن ملكُ المُسْلِم طَرَأَ، وهو رَقِيقٌ، وإنما التبعيةُ أثَرُ ابتداءِ المِلْكِ، فإن عنده يتحقَّق تحوُّلُ الحال، وكذلك سبي الزوجَيْنِ يَقْطَعُ النكاحَ، وتَجَدُّد المِلْكِ على الرقيق لا يقْطَعُه، ولو سُبِيَ ومعه أبواه أو أحَدُهُما، لم يُحْكِمْ بإسلامه(٣)؛ خلافاً لأحمدَ في إحْدَى الروايتَينِ [عنه]؛ لأنَّ والِدَيْهِ أقربُ إليه من سابِيهِ، فكان أَوْلَى بالاستِتْبَاعِ.

وقال الإمامُ: وكان لا يَبْعُدُ أن يبالي بهما حَيْثُ أتبعناه السَّابِيَ مع وجودِ الأبوَيْنِ، إذا لم يكونَا مَعَه، وقلْنَا: كأنَّه ولدٌ جديدٌ، ولكن لم يختلف الأصحابُ في ذلك،

---

(١) قال في الخادم: فيه أمور:

أحدها: في تصوير المسألة إشكال؛ لأنه إن كانت الصورة فيما إذا سرقه من دار الحرب كما صورها البغوي في فتاويه قلنا: خلاف في أن المسروق هل يختص به السارق أم هو غنيمة، فإن قلنا: غنيمة وهو المذهب، فللمسلمين منه شيء ويده نائبة عنهم فينبغي الجزم بإسلامه، وقد قال القاضي حسين إذا قلنا: لا يصير مسلماً بسبي الذمي فاجتمع على سبيه مسلم، وذمي صار مسلماً تغليباً لحكم الإسلام وإن قلنا: يختص به فيمكن التصوير به لكنه تفريع على الضعيف، وتعليل الأصحاب صريح في أن التصوير فيما إذا كان الملك له.

الثاني: إنما يحكم بإسلام مسبي الذمي بعد دخوله به دار الإسلام لا قبله. صرح به البغوي في فتاويه.

الثالث: لم يتعرض لما إذا قلنا بالأصح وهو أنه لا يحكم بإسلامه ما حكمه ومقتضى كلام الجمهور أنه يتبع السابي في ذمته، وبه صرح الشيخ أبو حامد في تعليقه والقفال في فتاويه والدارمي ويقتضي ذلك أنه لو كان الصغير يهودياً سباه نصراني أو بالعكس أنه يكون على دين السابي. وهذا هو قضية ما نقله الرافعي عن تعليل الإمام أن السبي قلبه قلباً كلياً استفتح له وجود مطلق فأشبه تولده بين الأبوين.

(٢) كذا قطع به، وفي الوسيط وجه أنه لا يحكم بإسلامه؛ لأنا جعلنا وقوع الصبي في يد المسترق كوقوعه في دار الإسلام، وهو ضعيف فإن دار الإسلام إذا لم تؤثر في السائب وهو الذمي ولم يكن مسلماً بذلك فكيف تؤثر فيمن سباه وكيف يثبت للتابع حكم لم يثبت للمتبوع ولا أثر أيضاً في أولاد المتبوع.

(٣) قال في البحر عن الماسرجسي قال: سمعت ابن أبي هريرة يقول: لو سبي مع جده فهل يتبع السابي في الإسلام أو الجد فيه وجهان.

وكأنَّهم يقولون: إذا لم نَرَهُمَا، فلا نبحث عن بقائهما، وإذا كَانَا مَعه، ثم ماتا، لم نحْكُمْ بإسلامه أيضاً لما مَرَّ من أنَّ التبعيَّةَ إنَّما تثبتُ في أبتداء السَّبْيِ[١].

وحُكْمُ الصَّبِيِّ المحكومِ بإسْلامه تبعاً للسَّابِي، إذا بَلَغَ حُكْمُ الذي حُكِمَ بإسْلامه تبعاً لأَبَوَيْهِ، إذا بلغ.

«فَرْعٌ»

إذا أعربا بالكُفْر، وجعلْناهما كافرَيْنِ أصليّين، ألْحقْنَاهُما بدَار الحرب، فإن كان كفرُهُمَا مما يجوزُ التقْريرُ علَيْه بالجزية، قَرَّرناهما، ولو أعربا بنَوْعٍ من الكفر غَيْر ما كانا موصُوفَيْن به، فهما منتقلان من مِلَّةٍ إلى ملَّةٍ، وفيه تفصيلٌ وخلافٌ يُذْكَرُ في «النِّكاح».

آخر: [و] القولُ في تجهيزهِما والصلاةِ عَلَيْهما ودَفْنِهِمَا في مقابرِ المُسْلمِين، إذا ماتا بعْد البلوغ وقبل الإعراب يتفرَّع على القولَيْن في أنهما، لو أعربا بالكفر، كانا مرتدَّيْنِ أو كافرَيْنِ أصليَّيْنِ[٢].

ورأى الإمامُ أن يُتَسَاهَلَ في ذلك ويُقَامَ فيهما شعارُ الإسْلام.

قال الغَزَالِيُّ: **(الجِهَةُ الثَّالِثَةُ) تَبَعِيَّةُ الدَّارِ وَهُوَ المَقْصُودُ، فَكُلُّ لَقِيطٍ وُجِدَ في دَارِ الإِسْلاَمِ فَهُوَ مَحْكُومٌ بِإِسْلاَمِهِ، وَإِنْ وُجد فِي دَارِ الحَرْبِ فَكَافِرٌ، إِلاَّ إِذَا كَانَ فِيهَا مُسْلِمٌ سَاكِنٌ مِنْ تَاجِرٍ أَوْ أَسِيرٍ فَفِيهِ خِلاَفٌ، ثُمَّ إِذَا بَلَغَ وَأَعْرَبَ عَنْ نَفْسِهِ بالكُفْر فَقَدْ قِيَل: إِنَّهُ كَافِرٌ أَصْلِيٌّ وَلَيْسَ بِمُرْتَدٌّ لِأَنَّ تَبَعِيَّةَ الدَّارِ ضَعِيفَةٌ وَكَأَنَّهُ تَوَقُّفٌ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: فِيهِ قَوْلاَنِ كَمَا فِي تَبَعِيَّةِ السَّابي وَالوَالِدَيْنِ، فَإِذَا قُلْنَا: إِنَّهُ كَافِرٌ أَصْلِيٌّ فَفِي التَّوَقُّف فِي الأَحْكَامِ**

---

(١) قال النووي في زياداته: معنى «سبي معه أحد أبويه» أن يكونا في جيش واحد وغنيمة واحدة، ولا يشترط كونها في ملك رجل. قال البغوي في كتاب الظهار: إذا سباه مسلم، وسبى أبويه غيره، إن كان في عسكر واحد، تبع أبويه. وإن كان في عسكرين تبع السابي والله أعلم.
قال في الخادم: فيه أمور:
أحدها: إن هذا لا يحسن عده من الزوائد فإن الرافعي ذكره في كتاب الكفارة أيضاً.
الثاني: ما ذكره من تبيين كلامهم تنبه له صاحب الوافي أيضاً.
الثالث: قضيته أنه لا فرق بين أن يكون السبي في وقت واحد أو في وقتين. والقياس أنه لو تقدم سبي الولد وتمت حيازته قبل سبي أحد أبويه أيتبع السابي ولا يؤثر سبيهما أو سبي أحدهما بعد ذلك وإن اتحد الجنس أو السابي بخلاف ما لو سبيا معاً أو بعد سبي الأصل، لأن التبعية لا تثبت في الابتداء السبي. قالوا: فيما لو مات من كان معه من أبويه فإنه لا يتبع السابي.

(٢) قال النووي: الذي رآه الإمام هو المختار أو الصواب؛ لأن هذه الأمور مبنيَّة على الظواهر وظاهره الإسلام.

المَوْقُوفَةِ عَلَى الإِسْلاَمِ نَظَرٌ، وَمَالَ صَاحِبُ التَّقْرِيبِ إِلَى التَّوَقُّفِ وَبِهِ عَلَّلَ نَصَّ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي سُقُوطِ القِصَاصِ عَنْ قَاتِلِهِ، وَلاَ خِلاَفَ فِي أَنَّهُ لَوْ أَقَامَ ذِمِّيٌّ بَيِّنَةً عَلَىٰ نَسَبِهِ أُلْتَحَقَ بِهِ وَتَبِعَهُ فِي الْكُفْرِ فَيَدُلُّ عَلَىٰ ضَعْفِ الحُكْمِ بِالإِسْلاَمِ، وَلَوِ أُقْتَصَرَ الذِّمِّيُّ عَلَىٰ مُجَرَّدِ الدَّعْوىٰ، لَحِقَهُ النَّسَبُ، وَفِي تَغَيُّرِ حُكْمِ الإِسْلاَمِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ تَابِعٌ لِلنَّسَبِ خِلاَفٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إنَّما قال: «هِيَ المقصودةُ»؛ لأنَّ الغَرَضَ من عَقْدِ البابِ بيانُ أحْكَامِ اللَّقِيطِ فِي الإِسْلاَمِ وغيره.

والجِهَتانِ السَّابِقتانِ لا تُفْرَضَان في حقِّ اللَّقِيطِ، حتى يعرف بهما إسلامهُ، وإنَّما يُحْكَمُ بإسلامه بهذه الجِهَةِ الثَّالثة.

واللَّقِيطُ، إمَّا أن يُوجَدَ في دارِ الإِسْلاَمِ أو في دَارِ الكُفْرِ.

وأما دارُ الإِسْلاَمِ، فقد جعلُوها عَلَىٰ ثلاثةِ أضْرُبٍ:

أَحَدُهَا: دارٌ يَسْكُنُها المُسْلِمون، فاللَّقِيطُ الذي يُوجَدُ فيها مُسْلِمٌ، وإن كان فيها أَهْلُ الذِّمَّةِ؛ لأنَّه إن كان المسلمون أكثرَ، فالظَّاهرُ أنَّه من أولادهم، وإلاَّ، فيحتملُ أن يَكونَ منهم، فيُغلَّبُ حكمُ الإسلام[1].

والثاني: دارٌ فَتَحَها المُسْلِمُون؛ وأقرُّوها في يَدِ الكُفَّار بجزيةٍ بَعْدما مَلَكُوها أو صَالَحُوهُمْ، ولم يَمْلِكُوهَا، فاللَّقِيطُ فيها مُسْلِمٌ[2]، إن كان فيها مُسْلِمٌ، وإلا فكافرٌ.

وفي «التتمة» وجهٌ؛ أنَّه يُحْكَمُ بكونه مُسْلِماً؛ لجواز أنَّ فيهم مَنْ يَكْتُمُ إيمانَهُ، وأنَّ اللقيط وَلَدُهُ.

والثالث: دارٌ كان المُسْلِمُونَ يَسْكُنُونَهَا، ثم جُلُوا عَنها، وغَلَب عليها المشركون[3]، فإن لم يكن فيها مَنْ يُعْرَفُ بالإسلام، فهو كافرٌ.

(١) سكت عن ضربين أحدهما: دار لا مشرك فيها أصلاً كالحرم، وقد ذكره الماوردي قال: وهو مسلم ظاهراً وباطناً، فأما دار بها مشرك حكم بإسلامه ظاهراً لكن في هذه الأعصار يدخل التجار وغيرهم العبيد فالجواري النصارى من الجيوش وغيرهم إلى الحرم الشريف لا يمكن أن يقال إن هذا الاجتياز لا أثر له. والثاني: وجدانه في البرية، وقد تعرض له صاحب التعجيز، وحكى عن جده أنه مسلم ترجيحاً للإسلام، وهذا ظاهر إذا وجد في برية داره أو برية ليس لأحد عليهم طروق منهم أما لو وجد سرية دار الحرب التي لا يطرقها مسلم ففيه نظر.

(٢) ويشترط كون المسلم أن يمكن ولادته لهذا اللقيط كابن تسع فصاعداً وإلا وجوده كالعدم وإنما أهملوه إحالة على ما يعرف في الاستلحاق.

(٣) لا يخفى تصوير المسألة بما إذا كان بين جلاء المسلمين وغلبة الكفار مدة يلحق فيها الولد وهو ما دون أربع سنين، فإن زادت لم يحكم بإسلامه.

وقال أبو إسحاقَ المروزيُّ: إنَّه مسلمٌ، لأنَّ الدارَ دارُ الإسْلامِ، وربَّما بَقِيَ فيها مَنْ يكْتُم إيمانَه، وإن كان فيها مَنْ يعرف بالإسْلاَم، فهو مُسْلِمٌ.

وقال الإمامُ: يَجُوزُ أن تجرىٰ هذه الدارُ مَجْرَىٰ دار الكفرِ؛ لغلبة الكفَّار عليها.

واْعلَمْ أن عدَّهم الضَرْب الثالِثَ من دارِ الإسلام يُبَيِّنُ أنه ليْسَ من شَرْط دارِ الإسْلاَم أن يكون فيها مُسْلِمُون، بَلْ يكْفي كَوْنُها في يَدِ الإمَامِ واستيلائه.

وأمَّا عدُّهُمُ الضَّرْبَ الثَّالِثَ منهَا، فقد يُوجَدُ في كلامِ الأصْحاب ما يُشْعِرُ بأنَّ الاستيلاءَ القديمَ يكفي؛ لاْستمرار الحُكْم، ورأيتُ لبعض المتأخِّرين تَنْزِيلَ ما ذَكَرُوه على ما إذا كانُوا لا يَمْنَعُون المسْلِمينَ منها، فإنْ مَنَعُوهم، فهي دارُ كُفْر.

وأمَّا دارُ الكُفرِ، إن لم يكن فيها مسلمٌ، فاللَّقِيطُ الذي يوجَدُ فيها محكوم بكفره، وإن كان فيها تُجَّارٌ من المُسْلِمِين ساكنُونَ، فوجهان:

أحدُهُما: أنَّه كافرٌ، تَبَعاً للدار.

وأشبههما، ويحكى عن ابن أبي هريرةَ: أنَّه مسلمٌ؛ لقيام اْلاحتمال؛ تغليباً للإسْلاَم، ويجري الوجْهان فيما إذا كان فيها أَسَارَىٰ، ورأى الإمامُ ترتيب الخلاف [فيه عَلَى الخلاف][1] من التُّجَّار؛ لأنَّهم تحْتَ الضَّبْطِ[2]، قال، ويُشْبِهُ أنْ يكونَ الخِلاَفُ في قَوْمٍ ينتشرون، إلاَّ أنَّهم ممْنُوعُون من الخروج من البَلْدة، فأمَّا المحبوسون في المطامير، فيتجِه ألا يكونَ لَهُمْ أثرٌ، كما لا أثر لطرق العابرين من المُسْلمين، وحيث حكَمْنا لِلَّقيطِ بالكُفرِ، فَلَو كان أَهْلُ البقعة أصحابَ مِلَلٍ مختلفةٍ، فالقياسُ أن يجعل [من] خَيْرِهِمْ دِيناً[3]. وقولُه في الكتاب: «فكلُّ لقِيطٍ وُجِدَ في دار الإسْلاَم، فهو محكومٌ بإسلامه» مطلق، لكن قد عَرفْتَ بما ذكرنا أنَّ الأمْرَ فيه على التَّفصيل، إلاَّ أن يريدَ به الضربَ الأَوَّل خاصَّةً، فيكون الكلامُ علَىٰ إطلاقه.

وقولُه: «إلاَّ إذا كان فيها مُسْلِمٌ ساكِنٌ» أشار [به] إلى الطروق، والاْختيارُ لا أثر له. إذا عَرَفْتَ ذلك، فالصَّبيُّ المحكومُ بإسْلامه بتبعيَّة الدار، إذا بلغ وأعْرَبَ عن نَفْسِه

---

(١) سقط من: د.

(٢) قال في الخادم فيه أمران:
أحدهما: قضية إطلاق ما صححوه أنه لو كان مسلم واحد بمصر عظيم بدار الحرب ووجد فيه كل يوم مائة لقيط مثلاً أن يحكم بإسلامهم.
الثاني: التقييد بالسكنى يوهم اعتبار الاستيطان، والظاهر أنه ليس مراده، بل من انقطع عنه حكم السفر كالسكن.

(٣) عبر النووي بقوله «اصونهم» بالنون وهو خير من قول الرافعي القياس أن يجعل من خيرهم ديناً فإنه لا يقال اليهودية خير من النصرانية، كما نقله في باب الردة.

بالكفر، قال الشافعيُّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ: «لاَ يَتَبَيَّنُ لي أَنْ أَقْبَلَهُ وَلاَ أُجِيزَهُ عَلَى الإِسْلامِ» وللأصحاب فيه طريقان:

أَحَدُهُمَا: أن هذا تَرْدِيدُ قَوْلٍ مِنْهُ، وفي كونه مُرْتَدًّا أو كافراً أصلياً قولان، كما في المحكُومِ بإسْلامه تَبَعاً لأبَوَيْه أو السَّابِي:

أَظهرُهما: القَطْعُ بأنَّه كافرٌ أصليٌّ بخلاف منْ يُحْكَمُ بإسلامه تبعاً لأبَوَيْهِ، أو للسَّابي، لأنَّ الحُكْمَ هناك جازِ علَىٰ علْم منا بحقيقة الحالِ، وههنا مبنيٌّ على ظاهرِ الدَّار. فإذا أعرب عن نَفْسِهِ بالكفر، تبيَّنَ خلافُ ما ظننا[ه]، وهَـٰذا كما أنَّه، لو بَلَغَ، وأمرَ بالرِّقِّ، يُقْبَلُ، وإن كنَّا نقول بحرِّيَّتِهِ؛ بناءً على الظاهر، وإلى هذا أشارَ في الكِتاب بقَوْلِهِ: «لأن تَبَعِيَّةَ الدَّارِ ضَعِيفَةٌ» ثم احتجَّ على صحَّتها بمسألَتَيْنِ:

إحداهما: إذا جعلْنَاه كافراً أصليًا عند إعْرَابِهِ بالكُفْر، ففي التوقُّف في الأحكام الموقُوفَة عَلى الإسْلاَم وجْهَان:

أظهرُهُمَا: أنّا لا نتوقَّف، بل نُمْضِيهَا كما في المحكوم بإسْلامه بأبَوَيْه أو بالسَّابِي.

والثاني، وإلَيْه مَيْلُ صاحبِ «التقريب»: أنَّا نتوقَّف إلَىٰ أن يَبْلُغَ، فَيُعْرِبَ عن نَفْسِه، فإنْ مات في صِبَاه، لم يحْكَمْ بشَيْءٍ من أحكام الإسْلام، ويجوز أن يُعْلَمَ قولُهُ في الكتابِ: «كَافِرٌ أَصْلِيٌّ» بالحاء والألف؛ لأنَّ أبا حنيفَة وأحمدَ يجْعَلاَنِهِ مرْتَدًّا.

وقولُه: «وكأنَّه توقُّفٌ» أراد به التَّوَقُّفَ في أحكام الإسْلام، لكنَّه قد صرَّح بعد هذه اللفظة بتردُّد الأصحاب في المسألة، فلو طَرَحَهَا، لَمَا ضَرَّ.

وقولُه: «وبه علَّل نص الشافعيِّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ» إلى آخره، أراد به أنَّ الخلافَ الَّذي نَذْكُرُه في تعلُّق القِصَاصِ بقَتْل اللَّقِيط، جَعَلَ صاحبُ «التقريب» مأْخَذَ الخِلاَفِ في التوقُّف في أحْكَام الإسْلام، والمَسْألةُ بشَرْحِها وما قيلَ في مأْخَذِ الخلافِ فيها بيْن يَدَيْكَ.

وهناك يتبيَّن أنَّه هل للشافعيِّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ نَصٌّ عَلىٰ سقوطِ الضمان، كما ذكره أمْ كَيْفَ الحال؟ ولَيْسَ فيما حَكَاهُ مِنْ تعليل صاحب «التقريب» في هذا الفَصْل كثيرُ غرضٍ، ويُغْنِي عنه ما في الفَصْل بَعْد هذا.

واعْلَمْ أَنَّ قولَهُ في أوَّل الفَصْل «فهو محكومٌ بإسْلامه» ينبغي أنْ يُحْمَلَ على ما يشترك فيه الحكْمُ بالإسلام جَزْماً، والتوقُّف في أحكام الإسلام، وهو الامتناعُ مِنَ الحُكْم بكفره وما أشْبَهَهُ، وإلاَّ، فإذا حَكَمْنا بالإسلام جزماً، كيف ينتظم هنا التردُّد في أحكامه؟! ويجوزُ أن يجعل الأول جواباً على الأظْهَرِ، ثم تبين بالآخرة أنَّ فيه خلافاً.

المسألة الثانية: المحْتَجُّ بها، وهي مقصودَةٌ في نَفْسِها، اللقيط الذي وُجِدَ في دار الإسْلاَم، لو ادعى ذمي نسبه، وأقام عليه بينة، لَحِقَهُ وتَبِعَهُ في الكفر، وارْتفع ما كنَّا

نظنُّهُ، وهذا يدل على أنَّ تبعيَّة الدارِ ضعيفةٌ، وإنِ اقتصر علَىٰ مجرَّد الدعوةِ، ففيه خلافٌ، وذلك أنَّ المُزَنِيَّ حَكَىٰ في «المختصر» عن نصِّ الشافعيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أنَّه إذا قال: أحْبَبْتُ أنْ أجْعَلَهُ مُسْلِماً في الصلاة عليه، وإن أمره بالإسْلاَم، إذا بلغ من غير إجْبَار، وأنَّه - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قال في «كتاب الدعوى»: أجعله مسلماً، فمن الأصحاب من جعلَهما قولَيْن:

أحدُهما: أنَّه يُحْكَم بكُفْرِه؛ لأنَّه يلْحَقُه بالاستلحاق، وإذا ثبت نسبه، تَبِعَهُ في الدِّين، كما لو قامَتِ البينةُ على النَّسَب.

وأظهرُهما: المنعُ؛ لأنَّا قد حَكَمْنا لهُ بالإسْلاَم، فلا نغيِّره بمجرَّد دعْوَى الكافر، وأيْضاً، فيجوز أن يكونَ وَلَدَهُ، ولكن من مسْلِمَةٍ؛ وحينئذٍ لا يَتْبَعُ الدِّينُ النَّسَبَ.

وقال أبو إسْحَاقَ وغيره: «يَقْطَعُ بأنَّه مسْلِمٌ كما ذكره في الدعْوَىٰ، ويُحْمَل علَىٰ ما قاله هٰهنا علَىٰ ما إذا قَامَتِ البينةُ على النَّسَب، وهذا أصحُّ الطريقَيْنِ عِند الأكثرين[1].

والأوَّل هو الذي أورده في الكِتَاب، فلْيُعْلَمْ لفظُ «الخلاف» بالواو، وسواءٌ قلنا: يتبعُه في الكُفْر أو لا يَتْبَعُهُ في الكفر، فإنَّه يُحَالُ بينهما كما ذَكَرنا، فيما إذا وَصَفَ المميِّزُ الإسلامَ[2]، ثم إذا بلغ ووَصفَ الكُفْرَ، فإن قلْنا: إنَّهُ يتْبَعُهُ في الكُفِر يقرر، ولكنه يُهَدَّدُ ويُخَوَّفُ أوّلاً، فلعلَّه يُسْلِم، فإنْ قلْنا: لا يتْبَعُهُ، ففي تقريره ما سبَقَ من الخلاف.

«فَرْعٌ»

قَد مرَّ أنَّ اللقيطَ المَحْكُومَ بإسْلامه يُنْفَقُ علَيْه منْ بيْت المال، إذا لم يَكُنْ له مالٌ، وأمَّا المحْكُوم بكُفْره، ففيه وجهان:

أقْرَبُهُمَا: الإنْفَاقُ أيضاً[3]؛ إذْ لا وجْهَ لتضييعه، وفيه نظرٌ للمسلمين؛ فإنَّه إذا بلغ أَعطَى الجزيةَ.

---

(١) وخص الماوردي الخلاف بما إذا استلحقه قبل أن يصدر من اللقيط صلاة أو صوم.

(٢) وقضيته ترجيح عدم الوجوب إذا قلنا: لا يتبعه، وهو مشكل، ولهذا قال ابن الرفعة: قضية إطلاقهم على قولنا: لا يتبعه وجوب الحيلولة.

(٣) هذا الذي صححه مخالف لنص الشافعي في الأم فإنه قال: وليس للإمام أن ينفق من مال الله على فقير من أهل الذمة. انتهى.

ويوافقه ما جزم به الماوردي في الحاوي ونقله ابن الرفعة عنه أن اللقيط المحكوم بكفره لا ينفق عليه من بيت المال؛ لأن مال بيت المال منصوب المسلمين دون المشركين، ثم إن تطوع أحد من المسلمين أو من أهل الذمة بالنفقة عليه، وإلا جمع الإمام أهل الذمة الذين كان المنبوذ من أظهرهم، ويجعل نفقته مقسطة عليهم ليكون ديناً لهم إذا ظهر أمره، فإن ظهر له سيد أو قريب موسر رجع بها عليه، وإن لم يظهر ذلك كانت ديناً عليه، ويرجعون بقاء في كسبه إذا بلغ. انتهى.

قال الغَزَالِيُّ: (الحُكْمُ الثَّانِي) جِنَايَةُ اللَّقِيطِ، فَأَرْشُهُ عَلَىٰ بَيْتِ المَالِ مِنْ غَيْرِ تَوَقُّفٍ، كَمَا أَنَّهُ لَوْ مَاتَ فَمَالُهُ لِبَيْتِ المَالِ مِنْ غَيْرِ تَوَقُّفٍ، وَإِنْ جُنِيَ عَلَيْهِ فَالأَرْشُ لَهُ، وَإِنْ قُتِلَ عَمْداً فَفِي القِصَاصِ قَوْلاَنِ: (و) (أَحَدُهُمَا): أَنَّهُ يَجِبُ لِأَنَّهُ مُسْلِمٌ مَعْصُومٌ (وَالثَّانِي): لاَ يَجِبُ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ وَارِثٌ مُعَيَّنٌ، وَفِي المُسْلِمِينَ صِبْيَانٌ وَمَجَانِينُ فَكَيْفَ يَسْتَوْفِي، وَهَذَا يَجْرِي فِي قَتْلِ كُلِّ مَنْ لاَ وَارِثَ لَهُ، وَزَيَّفَ صَاحِبُ «التَّقْرِيب» هَذَا لِأَنَّ الاسْتِحْقَاقَ لاَ يُنْسَبُ إِلَىٰ آحَادِ المُسْلِمِينَ وَعَلَّلَهُ بِالتَّوَقُّفِ فِي إِسْلاَمِهِ، فَعَلَىٰ هَذَا يَسْتَوْفِيهِ الإِمَامُ إِنْ شَاءَ، أَوْ أَخَذَ المَالَ لِبَيْتِ المَالِ إِنْ رَأَى المَصْلَحَةَ فِيهِ، وَإِنْ قُطِع طَرَفُهُ فَيَجِبُ القِصَاصُ لِأَنَّ مُسْتَحَقَّهُ مُعَيَّنٌ، وَعَلَىٰ تَعْلِيلِ صَاحِبِ «التَّقْرِيبِ» إِنْ كَانَ الجَانِي مُسْلِماً تَوَقَّفْنَا، فَإِنْ أَعْرَبَ بِالإِسْلاَمِ تَبَيَّنَّا وُجُوبَهُ، وَإِنْ أَعْرَبَ بِالكُفْرِ تَبَيَّنَّا عَدَمَهُ، ثُمَّ إِنْ قَضَيْنَا بِوُجُوبِهِ فَلاَ يَسْتَوْفِيهِ الإِمَامُ (و) لِأَنَّهُ تَفْوِيتٌ، وَهَلْ يَأْخُذُ الأَرْشَ نَظَرٌ، فَإِنْ كَانَ المَجْنِيُّ عَلَيْهِ مَجْنُوناً فَقِيراً أَخَذَهُ، وَإِنْ كَانَ صَبِياً غَنِياً لَمْ يَأْخُذْهُ، وَإِنْ وُجِدَ أَحَدُ المَعْنَيَيْنِ فَوَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَأْخُذُهُ فَبَلَغَ أَوْ أَفَاقَ وَطَلَبَ القِصَاصَ فَوَجْهَانِ، مَنْشَؤُهُمَا أَنَّ أَخْذَ المَالِ لِلْحَيْلُولَةِ أَوْ لِإِسْقَاطِ القِصَاصِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصودُ الفَصْل القولُ في جنايةِ اللَّقِيطِ، وفي الجناية علَيْه.

أما جنايَتُهُ، إنْ كَانَتْ خَطَأً، فموجِبُها في بيْت المالِ؛ لأنَّه ليست له عاقلةٌ خاصَّةٌ، ومالُهُ، إذا مات مصروفٌ إلى بيْتِ المالِ إرْثاً.

وقوله: «من غير توقُّف» يعني أنَّا لا نخرِّج الضَّرْبَ على بيْت المالِ على الخلاف في التَّوقُّف، كما لا نتوقَّف في صَرْفِ تَرِكَتِهِ إِلَىٰ بيْتِ المالِ[1]، ويجعل الغُرْمُ بالغُنْمِ.

وإنْ كانَتْ عَمْداً نُظِرَ، إنْ كان قد بَلَغَ، فعليه القصاصُ عند اجتماع شرائِطِهِ، وإن وَقَعَتْ قبل البلوغ، فإنْ قُلْنا: إنَّ عَمْدَ الصبيِّ عَمْدٌ، فتجبُ الديةُ مغلَّظةً في ماله، فإنْ لم يكنْ له مالٌ، [فهي] ففي ذمَّتهِ إِلَىٰ أنْ يجد.

وإنْ قلنا: إنَّه خطأٌ، فتجبُ مخفَّفةً في بيْت المالِ، ولا يخفَىٰ أن ما ذكَرْناه في جناية تحمل بموجبها.

فأمَّا إذا أتلف مالاً، فلا يكونُ الضَّمانُ إلاَّ عَلَيْه، ولو كَانَ اللَّقِيطُ محكوماً بكُفْره،

---

(١) وفيه نظر من جهة أنا إذا فرعنا على التوقف فينبغي أن لا يتحمل بيت المال أرشه إذ لا يلزم من صرف ماله لبيت المال إرثاً أو فيئاً أن يكون بيت المال متحملاً تفريعاً على التوقف.

لم يضربْ بموجب جنايته علَىٰ بيْتِ المالِ، وتركتُه فَيْءٌ.

وأمّا الجنايةُ عَليْه، فإمّا أنْ تكونَ خَطَأً أو عَمْداً:

إن كانت خَطَأً، نُظِرَ، إنْ كانتْ علَىٰ نَفْسِهِ، أُخِذَتِ الدِّيَةُ، وُوُضِعَتْ في بيْتِ المالِ، وقياسُ مَنْ قال بالتوقُّف في أحكامه ألا يوجب الديةَ الكاملةَ، ولَمْ أَرَ ذكْرهُ[1].

وإنْ كانتْ على طرفه، فواجبها حقُّ اللقيط يستوفيه القَاضِي له، ويعُودُ فيه القِيَاسُ المذكورُ. وإنْ كانَتْ عَمْداً، فإنْ قُتِلَ، فالنصُّ في «المختصر» وجُوبُ القصاص، وقطَعَ به بعْضُ الأصحابِ[2] فيما رواه أبو الفرج الزاز، ولم يُثْبِتُوا فيه خلافاً.

وأثبت الأكثرون فيه قولاً آخَرَ أنَّه لاَ يَجِبُ القِصَاصُ، ثُمَّ اُخْتَلَف فيهِ هؤلاء في شيئين.

أحَدُهُمَا في مأْخَذ القولَيْنِ:

قال قومٌ: وجْهُ الوُجُوب: أنَّه مسْلِمٌ معْصُومٌ، ووَجْهُ المَنْع؛ أنَّه، لو وَجَبَ القِصَاصُ، لَوَجَبَ لعامَّةِ المُسْلِمِينَ، كما يُصْرَف ماله إليهم، وفي المُسْلِمِين صبْيَان ومَجَانِينَ.

ومهما كان في الوَرَثَةِ صبيان ومجانينُ، لا يمكن اُستبقاءُ القِصَاص قَبْلَ البُلُوغ والإِفَاقَة، وأيْضاً، فإنَّه لا بُدَّ مِن اُجتماعِ الورثةِ على الاستيفاء، واُجتماع جميعِ المسلمين متعذِّرٌ.

وعن صاحب «التقريب» بناؤُهُمَا على أنَّ المحكوم بإسْلامه تَجْرِي علَيْه أحكامُ الإِسْلاَم، أو نتوقَّف فيه إلَىٰ أنْ يُعْرِبَ بالإسلام؟

فإن قلْنا بالأول، أوجَبْنَا القِصَاصَ، وإنْ قلنا بالثاني، فقد فات الإعرابُ بقَتْله، فلا يجْري علَيْه حكمُ المسلمين، وهذا لو أوصَىٰ مَنْ ليس له وارثٌ.

قال: والمأْخَذُ الأوَّل فاسدٌ؛ لأنَّ الاستحقاق يُنْسَبُ إلى جهة الإِسْلام، لا إلى آحاد المُسْلمين؛ ولهذا لو أوصَىٰ مَنْ لَيْس له وارثٌ خاصٌّ لجماعةٍ من المسلمين، لا يُجْعَلُ ذلك وَصِيَّةً للورثة، فهَذَانِ مأْخَذانِ للمسألة.

وفرَّع عليهما الشيخُ أبو محمَّد، ما إذا [أ]ثبت لرَجُلٍ حَقُّ قصاصٍ لم يستَوْفِهِ، حتَّى مات، وورثه المسلمون، فعلى المأخَذِ الأوَّلِ في بقاء القِصاصِ القَولان، وعلى

(١) قال النووي: الصواب الجزم بالدية الكاملة.

(٢) محل الخلاف كما قاله شارح التعجيز فيما إذا قتله مسلم، فأما إذا قتله كافر فإنه يجب القود قولاً واحداً.

الثاني، يبقَىٰ لا محالَةَ، ولو قُتِلَ اللَّقِيطُ بعْد البلوغ والإعراب بالإسْلام، جرى الخلافُ على المأخذ الأوَّل دون الثاني، ولو قُتِلَ بَعْدَ البلوغ وقبل الإعْرَابِ، جَرَى الخلافُ على المأخَذَيْنِ، [و] لكنْ بالترتيب على ما قبل البلوغ، إنْ مَنَعْنَا القِصَاصَ، ثم فههنا أَوْلَى، وإنْ أوجبنا القصاصِ ثم فههنا وجْهان؛ لقدرته على إظهار ما هُوَ عَلَيْه مِن الاختلاف.

الثاني في كيفيَّة قوْل المَنْع.

ففي «النهاية» نقله عن رواية البُوَيْطِيِّ، وفي «التتمة» عن رواية الرَّبِيع، والمفهوم من كلام المُعْظَم، أنَّه غيرُ منصوصٍ علَيْه في المَسْألة بخُصُوصها، ولكنْ قال قائلون: اللقيطُ لا وَارِثَ له.

وقد رَوَىٰ البُوَيْطِيُّ قولاً: أنَّه لا قِصَاصَ بقَتْلِ مَنْ لاَ وَارِثَ له، فيتناول اللَّقِيطَ تناوُلَ العُمُوم للخُصُوص.

وعن أبي الطيِّب ابن سَلَمَة والقَفَّال تخريجُهُ من أحد القولَيْن في أن مَنْ قَذَفَ اللقيطَ بعْد بُلُوغِهِ لا يُحَدُّ، ويخرِّج من هذا مأخذٌ ثالثٌ، وهو دزءُ القِصاصِ بشبهة الرِّقِّ والكُفْرِ، ثم الأصحُّ من القولَيْن وجوبُ القِصَاصِ بالاتِّفاقِ، وإنْ كانَتِ الجنايةُ على طرف اللَّقِيطِ، فَعَلَى المأخَذِ الأوَّل يُقْطَعُ بِوُجُوبِ القصاصِ؛ لأنَّ الاستحقاقَ فيه لِلَّقِيطِ، وهو متعيِّن لا للعامَّة.

وعلى المأخَذ الثَّاني، إذا فَرَّعنا علَىٰ قَوْلِ المنْع هناك نتوقَّف في قِصَاصِ الطرف، فلو بلغ وأعْرَب بالإسْلام، تَبَيَّنَّا وجُوبَه، وإلاَّ، تبينا عَدَمَهُ.

وعلى المأخذ الثالث؛ يجري القولان بلاَ فَرْقٍ، وإذا كان الجاني في النَّفْسِ أو في الطُّرقِ كافراً رقيقاً، جَرَى القولان علَى المأخذ الأول دون الثانِي والثالث، هذا ما يتعلَّق بوجوب القِصاص.

أمَّا استيفاؤه، إذا قلْنا بالوجوب، فقِصاصُ النَّفْس يستوفيه الإمامُ، إن رَأَى المصْلحةَ فيه، وإنْ رَأَى غيره، عدل عنه إلى الدِّيَة، ولو لم نجوِّز ذلك، لالْتَحَقَ هَذا القِصاصُ بالحدود المتَّجهةِ، وليْسَ له العفْوُ مجاناً؛ لأنَّه على خلافُ المصلحةِ للمسلمين.

وأما قِصَاصُ الطَّرَف، فإنْ كان اللقيطُ بالِغاً عَاقِلاً، فالاْستيفاء إلَيْه، وإلاَّ فَلَيْسَ للإمام اْستيفاؤُه؛ لأنَّه قَدْ يُرِيدُ التَّشَفِّي، وقد لا يُرِيدُ العفْوَ فلا يفوت عليه.

وعن القَفَّالِ: أنَّ له الاستيفاءَ في المَجْنُون؛ لأنَّه لا ينتظر لإفاقته وقْتٌ متعيِّنٌ، والتأخير لا إلى غاية قريب من التَّفْويت، وهذا بعيدٌ عند الأصحاب.

وَأَبْعَدُ منه أنَّ أبا الفرح السَّرْخَسِيُّ حَكَىٰ وجهاً مُطْلَقاً في جواز الاْقتصاص؛ من

حيث يجوزُ له أَخْذُ الأَرْشِ علَىٰ ما سنبيِّنه؛ ـ إن شاء الله تعالى ـ لأنه أحد البدلَيْنِ، فله استيفاؤه كالثاني، والمذْهَبُ الأوَّل.

وإذا لم يستَوْفِ القِصَاصَ، فهَلْ له أنْ يأْخُذَ أَرْشَ الجناية، نَظَرٌ، إن كان المجنيُّ عليه مجْنُوناً فَقيراً، فله الأخذُ؛ لأنَّه يحتاجُ، ولَيْس لزوال علته غايةٌ تُنْتَظر، وإن كان صَبِيّاً غنيّاً، لم يَأْخُذْهُ[1] لأنَّه لا حَاجَةَ في الْحَالِ، ولِزَوَالِ الصبي غايةٌ منتظرةٌ، وإن كان مجنوناً غنياً أو فقيراً صَبِيّاً، فوجهان:

أحدُهما: جوازُ الأخْذِ لبُعْدِ الإفاقة في الصُّورة الأولَىٰ، وقيامِ الحَاجَةِ في الثانية.

[**والثاني**: المنْعُ لعدم الحَاجَة في الأُولَىٰ، وقُرْبِ الانتظارِ في الثانية،] والظاهرُ في الصورَتَيْن المَنْعُ، والاعتبَارُ بالجنون والفِقر جميعاً لجواز الأخْذ، وحيثُ قلْنا: لا يجوزُ أَخْذُ الأَرْشِ، أو لم نَرَ المَصْلَحَةَ فيه، فيُحْبَسُ الجَانِي إلى آوانِ البُلُوغِ والإفَاقَةِ.

وإذا جَوَّزنَاه، فأَخَذَه، ثم بلغ الصبيُّ، وأفاق المجْنُونُ، وأراد أن يردَّه، ويقتص، ففي تمكينه منه وجهان شبيهان بالخلافِ فيما لو عفا الوليُّ عن حقِّ شفعة الصبيِّ للمصلحة، ثم بَلَغ، وأراد أَخْذَهُ، والوجْهان فيما ذَكَرَ صاحبُ «التَّقْريب» مبنيان علَىٰ أنَّ أَخْذَ المالَ عفْوٌ كُلِّيٌّ، وإسْقاطٌ للقِصَاصِ أمْ سَبَبُهُ الحيلولةُ؛ لتعذُّر استيفاء القِصَاص الواجب وقد يرجِّح التقديرُ الأوَّل بأنَّ التضحيةَ بالحيلولةِ، إنَّما ينقَدِح، إذَا جاءت الحيلولَة من قِبَلِ الجاني، كما لو غَيَّب الغاصبُ المَغْصُوبَ، أو أبقَ العَبْدُ من يده، وههنا، جاء التعذُّر من قِبَلِهِ، وأيضاً، فلو كان الأخذُ للحيلولة، لجاز الأخذُ فيما إذا كان المجنيُّ عَلَيْهِ صَبِيًّا غَنِيًّا، وما ذَكَرْنَاه في أَخْذ الأَرْشِ لِلَّقِيطِ، جَارٍ في كلِّ طِفْلٍ يليه أبوه أو جدُّهُ بلا فَرْق.

وحَكَى الإمامُ عنْ شيخه أنَّه ليْسَ للوصيِّ أَخْذُه، قال: وهذا [أ]حسنُ، إنْ جعلناه إسْقاطاً، فلا يجوزُ الإسْقَاطُ إلاَّ لوالٍ أو وليٍّ.

أمَّا إذا جوَّزناه للحيلولةِ، فينبغي ألاَّ يَجُوزَ للوصيِّ أيضاً.

ولْنَعُدْ إلَىٰ ما يحتاجُ إلَىٰ ذِكْرِه من لفظ الكتاب:

قولهُ: «ففي القِصاص قولان» يجوز إعلامُه بالواو؛ للطريقة القاطعة بالوجُوب.

قوله: «وهذا يجْرِي في قتلِ كلِّ من لا وَارِثَ له» ربما أشعر بأن أصْل القَولَيْن في اللَّقِيط ثم اطَّرَدَ في كلِّ مَنْ لا وارِثَ له تفريعاً، وقد صرَّحَ صاحبُ «النهاية» به عن الشيخ أبي محمَّدٍ، لكنْ فيما قدَّمناه ما يقتَضِي خلافَهُ.

---

(١) نصَّ عليه الجمهور، واستشكله صاحب التتمة.

وقولُهُ: «وزَيَّفَ صاحبُ «التقريب» هذا» يعني توجيهَ القَوْلِ، ولك أن توجِّه الإشْكَالَ علَى مزَيِّفه منْ وجْهَيْن:

أحدُهُما: أنَّ غايةَ ما يلزمُ من كلامِهِ ضعفُ المَعْنَى الذي وجَّهوا به قَوْلَ المَنْع، والذي وجهه به ضعيفٌ أَيْضاً؛ لأنَّ قولَ المَنْع مرجُوحٌ بالاتفاق، ولا يكونُ ذلك إلاَّ لضَعْفِ دَلِيلِهِ، ولا ينكر أن الضعيفَيْنِ قد يكون أحدُهما أضْعَفَ مِنَ الآخَر، لكنَّ البحث إذا انتهَىٰ إلَىٰ مثْلِ ذلِك فلي تَرْكُهُ.

والثاني: أنَّ القولَيْن يأتيان في غَيْرِ اللَّقِيطِ ممَّا لا وَارِثَ له، ولا مَجَالَ لما ذَكَرَه في غير اللَّقِيطِ، فكما جاز التوجِيهُ بما ذكروه في غير اللقيط، جاز في اللَّقِيطِ.

وقولُه: «فعلى هذا» أي علَىٰ قول الوُجُوبِ، وإنْ كانَ هذا اللفظ متَّصِلاً بقَوْل المَنْع.

وقوله: «يَسْتَوْفِيهِ الإمامُ إنْ شَاءَ» ليْسَ على التَّشَهِّي، بل إنما يَستَوْفِيهِ، إذا رَأَى المَصْلَحَةَ فيه كَمَا صرَّحَ بِهِ في طرف أخذ المَالِ.

وقولُه: «من قطع الطرف فيجب القصاص» أي: جَزْماً، بناءً على المأخذ الأوَّل.

وعلى توجيه صاحب «التقريب» يَجْرِي القولان، فعلَىٰ قولِ المنع؛ يتوقَّف.

وقولُه: «إن كان الجَانِي حُرّاً مُسْلِماً» لا أختصاصَ له بهذا الموضِعِ، بل الكفاءة معتبرةٌ في النَّفْسِ والطرف جميعاً، والشَّرْطُ المعتبر في الحكْم لا يتكرَّر في كلِّ صورة.

وقولُه: «فلا يَسْتَوْفيه الإمامُ» مُعْلَمٌ بالواو؛ لما سبق.

وقولُه: «فإنْ وُجِدَ أَحَدُ المَعْنَيَيْنِ» يعني المَعْنَيَيْنِ المؤثِّرين في الأَخْذ، وهما الجُنُونُ والفَقْرُ.

قال الغَزَالِيُّ: (الحُكْمُ الثَّالِثُ: نَسَبُ اللَّقِيطِ) فَإِنِ أَسْتَلْحَقَهُ المُلْتَقِطُ أَوْ غَيْرُهُ أُلْحِقَ بِهِ؛ لِأَنَّ إِقَامَةِ البَيِّنَةِ عَلَى النَّسَبِ عَسِيرٌ، وَإِنْ بُلَغَ فَأَنْكَرَ فَهَلْ يَنْقَطِعُ النَّسَبُ، فِيهِ خِلاَفٌ، وَإِنِ أَسْتَلْحَقَ بَالِغاً فَأَنْكَرَ لَمْ يَثْبُتْ، وَلَوْ أَسْتَلْحَقَهُ عَبْدٌ فَالصَّحِيحُ مِنَ القَوْلَيْنِ أَنَّهُ كَالحُرِّ (و) فِي النَّسَبِ، وَلَوَ أَسْتَلْحَقَهُ ذِمِّيٌّ أُلْحِقَ بِهِ، وَفِي الْحُكْمِ بِكُفْرِهِ تَابِعاً لَهُ مَا سَبَقَ، وَإِنِ أَسْتَلْحَقَتْهُ أمْرَأَةٌ ذَاتُ زَوْجٍ لَحِقَهَا عَلَىٰ أَقْيَسِ الوَجْهَيْنِ، وَقِيلَ: لاَ لِأَنَّهُ يَتَضَمَّنُ أسْتِلْحَاقُهَا لُحُوقَ الزَّوْجِ، وَقِيلَ: إِنَّ الخَلِيَّةَ يَلْحَقُهَا دُونَ ذَاتِ الزَّوْجِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: القولُ في نَسَبِ اللَّقِيطِ كما في سَائِر المَجَاهِيل، فإذا استلْحَقَهُ حُرٌّ مُسْلِمٌ، أُلْحِق به؛ لأنَّه أقرَّ له بحقٍّ؛ فأشبه ما لو أقرَّ بمال.

وأيضاً، فإنَّ إقامةَ البيِّنةِ على النَّسَب هما يَعْسُر، ولَوْ لَم يُثْبِتْهُ بالاستلحاق، لِضاع كثيرٌ من الأنساب، وقد سَبَق في «باب الإقْرار» بالنَّسَب ما يُشْتَرَط في الاستلحاق، ولا فَرْقَ في ذلك بيْن الملتقط وغيره، لكنْ يُسْتَحبُّ أنْ يُقَالَ للملتَقِط: مِنْ أين هو لَكَ؟ فربَّما يُتَوَهَّمُ أن يد الالتقاطِ تُفِيدُ النسب[1].

وعن مالكٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أنَّه، إن استلحقَه المُلْتَقِطُ، لم يلحق به؛ لأنَّ الإنسانَ لا ينبذ ولدَه، ثم يَلْتَقِطه، إلاَّ أن يكونَ ممَّن لا يعيشُ لَهُ وَلَدٌ، فيُلْحَقُ به؛ لأنَّه قد يفعل مثل ذلك تفاؤُلاً ليعيش الْوَلَدُ، وإذَا أُلحِقَ بغَيْر الملتقِطِ، سُلِّم إليه؛ لأنَّ الأبَ أحقُّ بالتربية والحِفْظ من الأجنبيِّ.

واستلحاقُ الكافِرِ كاستلحاق المُسْلِمِ في ثُبوتِ النَّسَب[2]، لاستوائِهِما في الجهاتِ المثبتة لِلنَّسَب.

وقوله في الكتاب «وفي الحُكْم بكُفْره تابعاً له ما سَبَق» لا حاجةَ إلَىٰ ذِكْرِهِ، فإنَّ الكَلامَ الآن في النَّسَب، وأمَّا حُكْمُ الدِّين، فَقَدْ تقدَّم.

وقوله: وإنْ بَلَغَ وأنْكر، وقوله «وإن استلحق بالغاً» الصورتان مكررتان، قدْ مَرَّتا بشَرْحِهِما في «باب الإقرار» بالنسب والحاجة في الفصلِ إلى شَرْحِ مَسْأَلَتَيْنِ.

«الْمَسْأَلَةُ الأولى»

لو استلحقه عَبْدٌ، لَحِقَه، إنْ صَدَّقه السَّيِّدُ، وَإِنْ كَذَّبه، فكذلك نصَّ عليه ههنا.

وعن نصِّه في «الدَّعاوَىٰ» أنَّه ليس أهْلاً لِلاسْتِلْحاقِ، فحَصَلَ قولان:

أحدُهُما: المَنْعُ لما فيه من الإضْرَار بالسَّيِّدِ بسبب انقطاعِ الميراثِ عَنْه، لو أعْتَقَهُ.

وأصحُّهُمَا: اللُّحُوقُ؛ لأنَّ العَبْدَ كالحُرِّ في أمْر النَّسَبِ، لإمْكَان العلوقِ منه بالنِّكَاح، وبوطء الشَّبهة، ولا اعتبارَ بما ذَكَره من الإضْرَار؛ ألاَ تَرَىٰ أنَّ مَنِ استلحق ابْناً، وله أخٌ، يُقْبَلُ استلحاقه.

---

(١) وهذا ذكره الشافعي والأصحاب، وقضية التعليل أنه لو فسر بذلك قُبل منه، وهو بعيد على أن في الاستحباب نظر، وينبغي وجوبه إذ فائدة السؤال أنه لو ذكر ما لا يقتضي لحوقاً لاستلحقه لا سيما أن بعض الناس قد يعتقد أن ولد الزاني يلحقه وغير ذلك، فإن كان لا يقبل منه بعد استلحاقه فلا معنى لاستحبابه، والأشبه التفصيل بين من يخفى عليه ذلك وغيره.
ولهذا قال الطبري في العدة: فإن لم يسأله جاز؛ لأنه الغالب أنه لا يخفى عليه ذلك.

(٢) إطلاق الكافر يشمل الذمي وغيره وهو كذلك، والتقييد بثبوت النسب يوهم أنه لا يكون مثله في التسليم إليه، وفيه تفصيل أوضحه الدارمي في الاستذكار فقال: إن ادعاه ذمي يشهد له عدلان ألحق به، وإن شهد له أربع نسوة فوجهان في الحكم له بدينه.

وَعنْ روايةِ الشّريفِ نَاصِرِ العُمَرِيِّ طريقتان أُخْرَيَان:

إحداهُما: القَطْعُ بالقَوْلِ الأوَّلِ.

والثانيةُ: القَطْعُ باللُّحوقِ، إذا كَانَ مَأْذُوناً في النِّكَاحِ، ومضى من الزَّمانِ ما يحتمل حُصُول الوَلَدِ، وتخْصيص القَوْلَيْنِ بما إذَا لمْ يَكُنْ مَأْذُوناً، وَيَجْري الخلافُ فيما إذا أقَرَّ العبْدُ بأخٍ أو عَمٍّ.

وفي «التَّتِمَّةِ» طريقةٌ أُخْرَىٰ قاطعةٌ بالمَنْعِ ههنا؛ لِأَنَّ لِظُهُورِ نَسَبِهِ طَرِيقاً آخَرَ، وهو إقرارُ الأَبِ والجَدِّ، ويجري الخلافُ فيما لو أستلْحَقَ حرٌّ عبْدَ غَيْرِهِ، وهُوَ بَالِغٌ، فصدَّقه لما فيه من قطْع الإرْثِ المُتَوَهَّمِ بالوَلاَءِ.

وفي «النِّهَايَةِ» أَنَّ بعْضَ الأصْحَاب قَطَعَ بِثُبُوتِ النَّسَبِ ههنا وقال الحر: مِنْ أَهْلِ الاْستلحاقِ على الإطْلاَقِ، ويجْرِي الخلافُ فيما لو أسْتَلْحَقَ المعْتقُ غَيْرَهُ.

والقَوْلُ بالمِنْع ههنا أَبْعَدُ لاستقلالِهِ بالنكاح والتَّسَرِّي، وَإِذَا جَعَلْنَا العَبْدَ مِنْ أَهْلِ الاْستلحاقِ، فلا يُسلمُ اللقيطُ إليه؛ لأنَّه لا يتفرَّغُ لحضانَتِهِ وتَرْبِيَتِهِ، ولا نَفَقَةَ عَلَيْهِ؛ لأنَّه لا مال له، ويَجُوزُ إعْلاَمُ قَوْلِهِ في الكتابِ. «فالصَّحِيحُ مِنَ القَوْلَيْنِ» بالواو لمَا حَكَيْنَاه.

المسألة الثانِيَة:

إذا استلحقت المرأةُ مَوْلُوداً، وَأَقَامَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةً، لَحِقَها وَلَحِقَ زوْجَهَا، إن كانَت ذاتَ زوْجٍ، وكانَ العُلُوقُ منْهُ مُمْكِناً، ولا يَنتفِي عَنْهُ إلا باللِّعَانِ، هذا إذا قيدت البيِّنَة بأنها وَلَدَتْهُ علَىٰ فِرَاشِهِ.

أمَّا إذا لم يتعرَّضْ للفراش، ففي ثبوت نسبِهِ من الزَّوْج وجهانِ، حكاهما الشَّيْخُ أبو الفرج الزاز، فإن لم تُقِمْ بينةً، واقتصرَتْ علَى مجرَّدِ الدَعوىٰ، ففيهِ ثلاثَةُ أَوْجُهٍ:

أحدها: أنها تقبل، ويلْحَقُها الوَلَدُ؛ لأنَّهَا أَحَدُ الأبَوَيْنِ، فصارَتْ كالرَّجُلِ وبل أوْلَىٰ؛ لأنَّ جِهَةَ اللحوقِ بالرجلِ النكاحُ والوطىءُ بالشُّبهةِ، والمرأة تشارك الرجلُ فيهما، وتختص بجهة أخرى وهي الزنا.

وأظهرهما: المنعُ، وبهِ قال أَبُو حَنِيفَةَ، وتفارِق الرَّجُل من وجْهَيْنِ:

أَحَدُهُما: أنَّه يمكنُها إقامةُ البيِّنةِ؛ على الوِلاَدَةِ من طريقِ المُشَاهَدَةِ، والرَّجُلُ لا يمكنه، فمسَتْ الحاجةُ إلَىٰ إثباتِ النَّسَبِ من جِهَتِهِ بمجرَّدِ الدعْوَىٰ.

والثاني، عن صاحب «التقريب»: أنَّها إذا أَقَرَّتْ بالنَّسَبِ، فكَأَنَّها تقر بحقٍّ عليها وعلَىٰ غَيْرِها، لأنَّها فِرَاشٌ للزَّوْجِ، وقَد بَطَلَ إقْرَارُهَا في حقِّ الزَّوْجِ؛ فبطل الجَمِيعُ: لأنَّ الإقرارَ الواحِدَ، إذا بَطَل بعضُهُ، بَطَل كُلُّهُ [ويقرب من] هذا قولُهُ في الكتابِ «لا لأنه

يتضمَّن استلْحَاقُهَا لُحوقَ الزَّوْجِ» وفيهِ إشكالٌ؛ لأنَّ مَنْ أقرَّ علَىٰ نَفسِهِ وغيرِهِ بمالٍ يلزمُهُ في حقِّ نفسه، وإن لم يُقْبَلْ في حقِّ الغَيْرِ.

والثالث: أنَّها، إن كانت ذاتَ زَوْجٍ، لَمْ يُقْبَل إقرارُهَا؛ لتعذُّر الإلحاق بها دون الزَّوْجِ، وتَعَذُّرِ قُبُولِ قولها على الزَّوْجِ.

وعَنْ أَحْمَد رِوَايَتَانِ كالوَجْهِ الأوَّلِ والثَّالِثِ.

وإذا قبلنا اْستلْحَاقَها، ولَهَا زوجٌ، فَفِي اللُّحوقُ به وجهان:

أحَدُهُمَا، ويُحْكَىٰ عن أبي الطيب بن سَلَمَة؛ اللحوقُ، كما لو قامَتِ البَيِّنَةُ.

وأصحُهُما، وهو الذي أَوْرَدَهُ المُعَظَمُ: المَنْع؛ وعلَيْهِ بُنِيَ توجيهُ القولين الأخيرَيْن؛ لأنَّه يحتمل أنَّها ولدَتْهُ مِنْ وطء شبهةٍ أو [من] زَوْجٍ آخَر. واستلحاق الأمةِ كاْستلحاق الحُرَّةِ، إذا جوَّزنا اْستلحاقَ العبد، فإن قبلناه، فَهَلْ نحكم بِرِقِّ الوَلَدِ لموْلاَهَا، أثبت صاحِبُ «التهذيب» فيه وَجْهَيْنِ، والَّذِي ذَكَرَهُ ابْنُ الصَّبَّاغِ وتابَعَهُ المتولِّي: المَنْعُ.

قال الغَزَالِيُّ: وَإِنْ تَدَاعَى اْثْنَانِ مَوْلُوداً لَمْ يُقَدَّمْ حُرٌّ (ح و) عَلَى عَبْدٍ، وَلاَ مُسْلِمٍ عَلَىٰ كَافِرٍ، بَلْ يُعْرَضُ عَلَى القَائِفِ، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ يُقَالُ لَهُ بَعْدَ البُلُوغِ (و) وَالِ مَنْ شِئْتَ، وَيُعَوَّلُ فِيهِ عَلَىٰ مَيْلِ الجِبِلَّةِ، فَلَوْ رَجَعَ عَنِ اْخْتِيَارِهِ لَمْ يُمَكَّنْ، وَلَوْ وُجِدَ بَعْدَهُ قَائِفٌ قُدِّمَتِ القِيَافَةُ عَلَى اْخْتِيَارِهِ، فَإِنْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ قُدِّمَتِ البَيِّنَةُ (و) عَلَىٰ حُكْمِ القَائِفِ، وَإِنْ أَقَامَ رَجُلاَنِ بَيِّنَةً عَلَى نَسَبِ مَوْلُودٍ تَهَاتَرَتَا وَأُقْرِعَ بَيْنَهُمَا عَلَىٰ قَوْلٍ وَيَبْقَىٰ مُجَرَّدُ الدَّعْوَىٰ، وَلاَ يُقَدَّمُ صَاحِبُ اليَدِ إِنْ كَانَ يَدُهُ عَنِ اْلتِقَاطٍ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَنِ اْلتِقَاطِ وَكَانَ قَدْ سَبَقَ اْستِلْحَاقُهُ قُدِّم عَلَىٰ مَنْ يَسْتَلْحِقُهُ مِنْ بَعْدُ وَإِنْ لَمْ يُسْمَعِ اْستِلْحَاقُهُ إِلاَّ عِنْدَ دَعْوَى الثَّانِي، وَفِي تَقْدِيمِهِ بِمُجَرَّدِ اليَدِ خِلاَفٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تَكَلَّمنا فيما إذا اْستَلْحَقَ اللَّقِيطِ شخْصٌ واحدٌ، أمَّا إذا ادَّعَىٰ نسبه اثنانِ، ففيه صُوَرٌ:

إحداها: لو كان أحدُهما حُرًّا، والآخرُ عَبداً، فإن لم نقبل اْستلحاقَ العبد، ألحقناه بالحُرِّ، وإلا، فهما سواءٌ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما أَهْلٌ، لو انفرد فأشْبَهَا الحُرَّيْنِ.

فيجوز أنْ يُعْلَمَ قولُهُ «حُرٌّ على عَبْدٍ» بالواو؛ لأنَّ المذكورَ جوابٌ على قُبُولِ اْستلحاقِ العبد. وعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ الحُرُّ أَوْلَىٰ من العَبْد.

الثانيةُ: لَوْ كَان أحدُهما مُسْلِماً، والآخرُ كَافِراً، فهما سواءٌ؛ لاسْتِوائِهِمَا في

استلحاق النَّسَبُ، وقدَّم أبو حنيفةَ المُسْلِمَ. وأَعْلِمْ قَوْلَهُ في الكتابِ «لَمْ يُقَدَّم» بالحاء لمذْهَبِهِ في الصورَتَيْنِ.

الثالثة: لو اختصَّ أحدُ المتداعيين باليَدِ، نُظِرَ؛ إنْ كَانَ صَاحِبُ اليَدِ هُوَ المُلْتَقِطَ، لم يُقَدَّم؛ لأنَّ اليَدَ لا تَدُلُّ على النَّسَب[1]، ولكن، إن أَسْتَلْحَقَا مَعاً، ولا بينة، فيُعْرَضُ الولدُ مَعَهُما على القَافَةِ، كما سَنَذكر، وإنِ أَسْتَلْحَقَهُ الملْتَقِطُ أَوَّلاً، وحَكَمْنا بالنَّسَبِ، ثم أَدَّعاهُ آخَرُ.

ذكر الشافعيُ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُ ـ أنَّه يُعْرَضُ مع الثاني علَى القَائِفِ، فإن نفاهُ عَنْهُ، بقي لاحقاً بالملْتَقِطِ بأستلحاقِهِ، وإنْ ألحقه بالثاني، عُرِضَ مع المُلْتَقِطِ عَلَيْه[2]، فإن نفاه عنه، فهو للثَّاني، وإن ألحقه به أيْضاً، فقد تعذَّر العَمَلُ بقَوْل القَائِفِ، فيُوقَفُ.

وإنْ كانَ صاحِبُ اليَدِ غَيْرَ الملْتَقِطِ، فقد حَكَى الإمامُ وتَابَعَهُ المُصَنِّفُ؛ أنَّهُ، إنْ كَانَ قد أَسْتَلْحَقَهُ، وحكمَ بالنَّسَبِ لَهُ، ثم جَاءَ آخَرُ وَأَدَّعَى نَسَبَهُ، لم يُلْتَفَتْ إِلَيْه، لثبوتِ النَّسبِ من الأوَّلِ، معتضداً باليَدِ، وتَصَرُّفِ الآبَاءِ في الأولادِ، وإنْ لم يُسْمَعِ أستلْحَاقُهُ إلاَّ بَعْدَما جاءَ الثَّاني، وأستَلْحَقَهُ، ففيه وجهان:

أحدُهُمَا: تقديمُ صاحِبِ اليَدِ، كما لَمْ يُقَدَّم أستلحَاقُهُ.

وأَشْبَهِهما: التساوي؛ لأنَّ الغالبَ مِنْ حال الأَب أن يَذْكُرَ نَسَبَ ولَدِهِ، ويَشْهَرَهُ، فإن لم يَفْعَلْ، صارَتْ يدهُ كيَدِ الملْتَقِطِ في أنَّها لا تدُلُّ على النسب.

الرابعة: إذا تَسَاوَيَا، ولا بَيِّنَة، عرض الولدُ على القائفِ، فبأيهما ألحقه، لَحِقَهُ، والقَوْلُ في مستَنَدِ القِيَافَةِ، وأحْكَامها له باب مفْرَدٌ، فإنْ لم يوجَدِ القائفُ أو تحَيَّرَ فيه، أو ألْحَقَهُ بِهِمَا، أو نفاه عنهما، تُرِكَ اللقيطُ حتَّى يَبْلُغَ، فإذ بَلَغَ، أُمِرَ بالأنتساب إلى أَحَدِهِمَا، ولا ينتسبُ بمجَرَّدِ التَّشَهِّي، بل يعول فيه على مَيْلِ الطَّبْع الذي يَجِدُهُ الوَلَدُ على الوالِدِ، والقَرِيبُ إلى القريبِ، بحكم الجبلة، فيه وجه أنَّه لا يُشْتَرَطُ البلُوغُ، بل يرجعُ إلى أختيارِهِ، إذا بلَغ سِنَّ التمييز، كما يُخَيَّر حِينَئِذٍ بَيْنَ الأَبَوَيْنِ في الحضانة. والمَذْهَبُ الأوَّلُ، وَفَرَقُوا بأنَّ أختيارَهُ في الحضَانَةِ لا يلْزَمُ، بَلْ له الرجوعُ عَنِ ألاختيارِ الأَوَّلِ، وهَاهُنَا إذَا أنْتَسَبَ إِلَى أَحَدِهِمَا، لَزِمَهُ، ولم يُقْبَلْ رجُوعُهُ.

والصَّبِيُّ لَيْسَ من أَهْلِ الأمْوَالِ الملْزِمَةِ، وعَلَيْهِما النفقةُ في مدَّة ألانتظارِ[3]، فإذا

---

(١) كذا جزم به الرافعي، وفي آخر دعاوى الحاوي أنه كالسبق بالدعوى فيكون على الوجهين.

(٢) سقط من: د.

(٣) وقد يستشكل الرجوع بأنها نفقة قريب، وهي تسقط بمضي الزمان فكيف يجب دفعها، وجوابه أن المسألة مصورة بما إذا أنفق كل منهما بإذن الحاكم كذا ذكره الرافعي في أول الباب الثاني من العدد.

أنْتَسَبَ إِلَىٰ أَحدِهِمَا، رَجَعَ الآخرُ عليه بما أَنْفَقَ، [ولو لَمْ ينتَسِب إِلَىٰ واحدٍ منهما؛ لفَقْد المَيْلِ، بقي الأَمْرُ مَوْقُوفاً][(١)].

ولو أنتَسَبَ إِلَىٰ غَيْرِهِمَا، وأدَّعَاهُ ذَلِكَ الغَيْرُ، ثبت نسبُهُ منه، وفيه وجهٌ، أنَّه إن كان الرُّجُوعُ إلى أنتسابِهِ بسبب إِلْحَاقِ القَائِفِ بهما جميعاً، لم يُقْبَلِ أنتسابُهُ إِلَىٰ غيرهِما، وإذا انتسبَ إِلَىٰ أَحَدِهِمَا، لفقد القائف، ثم وُجِدَ، عَرَضْنَاهُ عَلَيْهِ، فإن ألحقَه بالثَّاني، قَدَّمْنَا قوله على الانتسابِ؛ لِأَنَّهُ حُجَّةٌ أَو حُكْمٌ، وعن أبي إسْحَاقَ فيما رواه، أنَّ الانتسابَ مُقَّدمٌ، علَىٰ قول القائف.

قال: وعلَىٰ هذا؛ فمهما أَلْحَقَهُ القائفُ بأَحَدِهِمَا، فللآخَرِ أن ينازعه، ويَقُولَ: يُنْتَظَرُ حتَّىٰ يَبْلُغَ، فينتسب إِلَىٰ من يميلُ إِلَيْه[(٢)].

ولو أَلْحَقَهُ القائفُ بأَحَدِهِمَا، ثُمَّ أَقَام الآخَرُ بَيِّنَةً، قُدِّمَتِ البَيِّنَةَ علَىٰ قَوْلِهِ؛ لأنَّ البينَةَ حُجَّةٌ، يعتمد عليها في كلِّ خصومة.

وقولُ القائفِ، وإنْ كان مَقْبُولاً، فمُسْتَنَدُهُ حَدْسٌ وتَخْمِينٌ، وعن أبي الحُسَيْن؛ أنَّ بعض الأَصْحابِ قال: لا ينقض ما حكِمَ به، ولا يعمل بالبينة.

ولو تداعَت أمرأتانِ نَسَبَ لَقِيطٍ أو مجهولٍ آخَرَ، ولا بَيِّنَةَ، وفَرَّعنا علَىٰ أَنَّ أستلْحَاقَ المرأةِ مقبُولٌ، ففي عَرْضِ الولد معهما على القائفِ وجهان:

أحدُهُما: المَنْعُ؛ لأنَّ معرفةَ الأُمُومَةِ يَقِيناً بمشاهدة الولادة ممكنةٌ.

وأصحُهما، وقدْ نصَّ علَيْهِ: أنَّه يُعْرَضُ؛ لأنَّ القائِفَ حجَّةٌ أو حكمٌ؛ فكان كالبَيِّنَةِ، وعلَىٰ هذا تَنْبَنِي تَجربَةُ القائِف وأمْتِحَانُهُ علَىٰ ما سيأْتي بيانه في بابه، إن شاءَ اللَّهُ تَعَالَىٰ. وإذا أَلْحَقَهُ القائفُ بأحدِهِما، وهي ذاتُ زَوْجٍ، لَحِقَ زَوْجَهَا أَيْضاً، كما لو قامَتِ البينةُ. وَحَكَى الإِمامُ وجْهاً آخَر؛ أنَّه لا يَلْحقُهُ؛ لأَنَّ قَوْلَ القائِفِ لا يصْلُحُ للإلحاق بالمُنْكِرِ؛ ألا ترى أنَّ القائفَ لا يحلق المنبوذ بمَنْ لا يَدَّعِيهِ.

الخامِسَةُ: إِنْ أَقَامَ كُلُّ واحدٍ منهما بينةً علَىٰ نسبِهِ، وتَعَارَضَتا، ففي التعارُضِ في الأَمْلاكِ قَوْلاَن:

أظهرُهُما: التساقُطُ، وعلَىٰ هذا؛ فيتساقَطَانِ هاهُنَا أَيْضاً، ويرجعُ إِلَىٰ قولِ القائِفِ وقيل: لا يتساقطان.

ويُرَجَّحُ **أحدُهُما** بقَوْلِ القائف، عن صاحبِ «الحاوي» روايةُ، العبارةِ.

---

(١) سقط من: د.

(٢) سقط من: د.

الثانية عن ابن أبي هُرَيْرَة، والعبارةِ الأولَىٰ عَنْ أبي إسحاقَ، وهو الأشْهَرُ، على أنَّ أصلَ العَرْضِ لاَ يَخْتَلِفُ.

والثاني: أنَّهُمَا يستعمَلاَنِ، إمَّا بالتوقُّفِ أوْ بالقِسْمَةِ أو بالقُرْعَةِ على ثَلاَثَةِ أَقْوَالٍ مَعْروفةٍ: لا سَبِيلَ إلى التوقُّف هاهنا، لما فيه من الإضْرَارِ بالطِّفل، ولا إلى القسمةِ، فلا مجال لها في النسب.

وأمَّا الاقتراع، ففيه وجهان:

أَحَدُهُمَا، ويحكَىٰ عن الشيخ أبي حامد: أنَّهُ يجري هاهنا، فيُقْرَعُ، ويُقدَّم مَنْ خَرَجَتْ قرعته، وهذا ما أورده في الكتاب.

وثانيهما، وبه قال القاضِي أبو الطيِّب والأكثرون: المنْعُ؛ لأنَّ القُرْعَةَ لا تَعْمَلُ في النَّسَبِ، وهذا ما أورده الإمامُ وصاحبُ «التهذيب» ولو اختصَّ أحدُهُما باليَدِ لَمْ ترجَّحَ بينةٌ باليد بخلاف الأَمْلاَكِ، كما تُقدِّم فيها بيِّنةُ ذي اليَدِ؛ لأنَّ اليَدَ تدلُّ على المِلْكِ.

وفي «الإفصاح» للمسعوديّ، و«أمالي» أبي الفرج الزاز أنَّه لو أَقَامَ أحدُهُمَا البيِّنَةَ علَىٰ أنَّه في يدهِ مُنْذُ سنةٍ، والثاني علَىٰ أنَّه في يده منذ شَهْرَيْنِ، وتنازَعَا في نَسَبِه، فالتي هي أسبق تاريخاً أولى وصاحبُها مقدم، لكنَّ هذا كلام غيرُ مُهَذَّبٍ، فإنَّ ثبوت اليَدِ لا يقتضي ثُبوتَ النسبِ، وإنْ فُرِضَ تعرُّض البينتين لنَفْسِ النَّسَبِ، فلا مجالَ فيه للتقدُّم والتأخُرِ، وإنْ شَهِدَتَا على الاسْتِلْحَاقِ [فيبنى على أن الاستلحاقَ من شَخْصٍ، هل يمنع غَيْرَهُ مِنَ الاستلحاقِ][1] بَعْدَه، وقد مَرَّ.

وإنْ كان التداعِي بَيْن امرأتَيْنِ، وأقامتْ كلُّ واحدةٍ منهما البَيِّنَةَ: قال الشافعيُّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ: «أَرَيْتُهُ القَافَةَ مَعَهُما، فبأيتهما ألحقته، لحقَهَا، ولَحِقَ زوْجَهَا»، فمن الأصحاب مَنْ قال: هذا جواب على قوْل الاستعمال، وترجيحٌ لِقَوْلِ القائِفِ، كما يرجَّحُ في الأملاَكِ بِالقُرْعَةِ، وهذا يوافق ما مَرَّ [من] حكايتِهِ عن الشيخ أبي حامِد، وعلَىٰ هذا؛ فيَلْحَقُ الزَّوْجَ لا مَحَالَةَ؛ لأنَّ الحُكْمَ بالبينة.

ومنْهُمْ مَنْ قال: إنَّه جوابٌ علَىٰ قولِ التَّهاتُرِ، وكأنَّه لا بَيِّنَةَ، فيرجعُ إلَىٰ قَوْلِ القَائِفِ، وعلَىٰ هذا، ففي لُحُوقِ الزَّوْجِ ما سَبَقَ من الوَجْهَيْنِ، ولنرجِعْ إلى ما يتعلَّق بلفظ الكتاب:

قولُه «بل يعرف على القائف» معْلَمٌ بالحاء؛ لأنَّ أبَا حنيفةَ ـ رحمه اللَّه ـ قال: لا أَعْرِفُ القائِفَ.

---

(١) سقط من: د.

وقولُه: «بَعْد البُلُوغ» بالواو لِمَا سَبَقَ، وقوله: «وال من شئْتَ» هذه اللَّفْظَةُ منقولَةٌ عن عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قالها لغُلاَمٍ أَلْحَقَهُ القَائِفُ بالمتنازِعَيْنِ مَعاً[1].

وقوله «قُدِّمَتِ القيافَةُ» وقولُهُ «قُدِّمَتِ البَيِّنَةُ» مرْقُومَانِ بالواو.

وقولُهُ «تهاترتا، أَوْ أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا علَىٰ قَوْلٍ» أي: تهاتَرتا علَىٰ قولٍ أو أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا علَىٰ قَوْلٍ، ويجوز إعلامُ «وأقرعُ» للوجهِ الذي أورده الأكثرون. وقولُهُ «ويَبقَى مُجَرَّدُ الدَّعْوَىٰ» أي: قوْلِ التهاتر، وإنْ كان هَٰذَا الكلامُ مَوْصُولاً بذِكْرِ الإقْراع. وقولُهُ «ولاَ يُقَدَّم صاحبُ اليَدِ» يعني إذا تعارَضَ دَعْواهُمَا، لا بَيِّنَةَ علَىٰ ما تَبَيَّنَ في الصُّورَةِ الثالثة.

فأمَّا إذا أقاما البَيِّنَةَ علَىٰ دعْوَاهُمَا، فلا يُقَدَّمُ صاحبُ اليَدِ إنْ كانَ ملْتَقِطاً أو غَيْرَهُ.

(فرعان): أَلْحَقَهُ القائفُ بأحدِهِمَا، ثم أَلْحَقَهُ بالثَّاني لم ينقل إليه، إذْ الاجتهادُ لا يُنْقَضُ بالاجتهادِ.

الثاني: وَصَفَ أَحَدُ المتداعِيَيْنِ [حالاً أو] أَثَرَ جِرَاحَةٍ أو نحوه بظَهْرِهِ أو بعض [أعضائه][2] الباطنة وأصابَ، لا يُقَدَّم جَانِبُهُ.

وعن أبي حنيفةَ فيما رواه الشَّيْخ أبو حامد في آخَرِينَ أَنَّهُ يُقدَّم، ويثبتُ النَّسَب به، ومِنَ الأصْحَاب مَنْ أَقَامَ هذا الخلافَ فيما إذا تَنَازَعا في الالْتِقاطِ، وقالَ: كُلٌّ واحِدٍ منْهُمَا: أَنَا الذي الْتَقَطْتُهُ.

لنا القياسُ علَى الأملاكِ المتنازَعَةِ، إذا وصفها أَحَدُهُمَا، وعلى اللُّقَطَةِ.

قال الغَزَالِيُّ: **وَلَوْ تَنَازَعَا فِي الحَضَانَةِ بِحُكْمِ الالْتِقَاطِ فَصَاحِبُ الَيدِ أَوْلَى، فَإِنْ تَعَارَضَتِ البَيِّنَتَانِ تَسَاقَطَتَا (و) وَأُقْرِعَ بَيْنَهُمَا عَلَىٰ قَوْلٍ، وَلاَ وَجْهَ لِلْقِسْمَةِ وَلاَ لِلتَّوَقُّفِ فَإِنَّ الصَّبِيَّ لاَ يَحْتَمِلُ ذَلِكَ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الغَرَضُ الآن الكلامُ فيما إذَا تَنَازَعَ اثْنَانِ في الْتِقَاطٍ، وولايةِ الحِفْظِ

---

(١) رواه الشافعي ومن طريقه البيهقي عن أنس بن عياض، عن هشام عن أبيه عن يحيى بن عبد الرحمن ابن حاطب: أن رجلين تداعيا ولداً، فدعا له عمر القافة، فقالوا لقد اشتركا فيه، فقال عمر: وال أيهما شئت، ورواه البيهقي من طريق أخرى عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب عن أبيه فوصله، ورواه مالك في الموطإ والشافعي عنه عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر نحوه، ورواه البيهقي من وجه آخر عن سليمان بن يسار عن عمر بقصة مطولة، ومن طريق مبارك بن فضالة عن الحسن عن عمر في رجلين وطئا جارية في طهر واحد، فجاءت بغلام، فارتفعا إلى عمر، فذكر نحوه وقال الحافظ في التلخيص: - وفي الباب عن علي أخرجه الطحاوي وغيره.

(٢) سقط في: ز.

والتَّعهُّدِ، وهذا النِّزاعُ، إنْ كان قَبْلِ الأَخْذِ أو عِنْدَ ما أخذَاهُ، فقد سَبَقَ حُكْمُهُ.

وإنْ قال كلُّ واحِدٍ منهما: أَنَا المُلْتَقِطَ، وَأَنَا الذي عَلَيَّ حِفْظُهُ، فإمَّا أنْ يَخْتَصَّ أَحَدُهُمَا باليَدِ أو لا يختصَّ، وإنِ اخْتَصَّ، فالآخر يقول: إنَّه أخذَه منِّي، فالقولُ قَوْلُ صاحِبِ اليَدِ مع يمينِهِ، فإنها تَشْهَدُ لقولِهِ، وإنْ أقامَ كُلُّ واحِدٍ منْهُما بيِّنةً، فَبيِّنَةُ صَاحِبِ اليَدِ مُقدَّمةٌ، وإنْ لم يختصَّ أحَدُهُمَا باليدِ فَيُنْظَرُ؛ إن لم يكن في يدِ واحدٍ منهما، فهُوَ كما لو أخذاه معاً، وتشاحَّا في حفظِهِ، فَيَجْعَلُهُ الحاكمُ عنْدَ من يراه أو مِنْ غيرهما، وإنْ كانَ في أيْدِيهِمَا، فإنْ نكلا أو حَلَفَا، فالحُكْمُ كما ذكرنَا فيما إذا ازْدَحَمَا علَى الأَخْذِ، وهما متساوِيا الحَالِ.

وإنْ حلَفَ أحدُهُمَا دُون الآخَرِ، خُصَّ به، وسَوَاءٌ كان في يَدِهِمَا أو لم يكُنْ في يدِ واحدٍ منهما، فلو أقام كلُّ واحدٍ منهُما البيِّنَةَ علَىٰ ما يَدَّعِيهِ، نُظِرَ؛ إن كانت البينتان مُطْلَقَتَيْنِ، أو مقيَّدَتَيْنِ بتارِيخٍ واحدٍ، أو إحداهما مُطْلَقَةً، والأُخْرَىٰ مقيدةً، فهما متعارِضَتَانِ.

فإن قلْنا: بالتهاتُرِ، فكأنَّهُ لا بَيِّنَةَ، وإنْ قلنا بِالاسْتِعْمَالِ لم يجيء قولُ الوَقْفِ، ولا قَوْلُ القسمةِ، ويجيء قَوْلُ القُرْعةِ، فنقرع، ويُسَلَّمُ إلَىٰ مَنْ خَرَجَتْ قرعَتُهُ، وإنْ قُيِّدَتَا بتارِيخَيْنِ مختلِفَيْن، حُكِمَ لِمَنْ سبَقَ تاريخُه بخلافِ المَالِ، حيثُ لا يُحْكَمُ بسبق التاريخِ فِي أصحِّ القَوْلَيْنِ(١).

وفرقوا بأنَّ أمرَ الأموالِ مبنيٌّ علَىٰ الانتقالِ، فربَّما انْتَقَلَ عن الأول إلى الثاني، ولَيْسَ كذلك الالتقاطُ، فإنَّه لا ينتقل، ما دامَتِ الأهليَّةُ باقيةً، فإذا ثَبَتَ السَّبْقُ، لزمَ اسْتِمْرَارُهُ.

قال الشيخُ أبو الفرجِ الزاز: هذا إذا قلْنا: إنَّ مَنِ التقط اللَّقِيطَ، ثم نَبَذَهُ، لَمْ يَسْقُطْ حقُّهُ، فإنْ أسقَطْناه، فهو على القولَيْنِ في الأموال؛ لأنَّه ربما نَبَذَه الأوَّلُ، فالْتَقَطَهُ غَيْرُهُ، وهذا حَسَنٌ، ويَتفرَّع علَىٰ تقدِيم البيِّنةِ المتعرِّضةِ للسَّبْقِ ما إذَا لو كانَ اللَّقِيطُ في يَدِ أَحَدِهِمَا، وأقَامَ مَنْ هو في يده البيِّنَةَ، وأقامَ الآخَرُ البيِّنَةَ علَىٰ أنَّه كان في يده، انتزَعَهُ منْهُ صاحبُ اليد، فقدم بيِّنةُ مدَّعِي الانتزاعِ لإثباتها السَّبْق.

قال الغَزَالِيُّ: **(الحُكْمُ الرَّابعُ) رِقُّهُ وَحُرِيَّتُهُ، وَلَهُ أَرْبَعُ أَحْوالٍ: (الحَالَةُ الأُولَىٰ) إِذَا لَمْ**

---

(١) هذا الذي قالوه يخالف ظاهر قولهم في باب الأقضية أنهما إذا شهدا عند القاضي بحث عن كونهما حرين، وهذا يدل على أن الأصل الرق، وكذا لو باع عبده البالغ وهو ساكت ثبت ملكه فإن الأصل الرق.

يَدَّعِ أَحَدٌ رِقَّهُ فَالأَصْلُ الحُرِّيَّةُ، وَيُحْكَمُ بِهَا فِي كُلِّ مَا يُلْزِمُ غَيْرَهُ شَيْئاً فَنُمَلِّكُهُ المَالَ وَنُغَرِّمُ مَنْ أَتْلَفَ عَلَيْهِ، وَمِيراثُهُ لبَيْتِ المَالِ، وَكَذَلِكَ أَرْشُ جِنَايَتِهِ في بَيْتِ المَالِ، وَإِنْ قَتَلَهُ عَبْدٌ قُتِلَ بِهِ (و)، وَإِنْ قَتَلَهُ حُرٌّ فَقَدْ قِيلَ: يَجِبُ القِصَاصُ، وَقِيلَ: يَسْقُطُ بِالشُّبْهَةِ وَاحْتِمَالِ الرِّقِّ ويَبْقَى الدِّيَةُ، وَقِيلَ: يَجِبُ أَقَلُّ الأَمْرَيْنِ مِنَ الدِّيَةِ أَو القِيمَةِ فَإِنَّهُ المُسْتَيْقَنُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مِنْ أَحْكَامِ اللَّقِيطِ الرِّقُّ والحُرِّيَّةُ، واللَّقِيطُ لا يخْلُو، إمَّا أن يُقِرَّ علَىٰ نفسه بالرِّقِّ في وقْتٍ اعتبار الإِقْرار أو لا يُقِرَّ.

وعلى التقدير الثاني؛ فإمَّا أنْ يدَّعِيَ رِقَّةَ مدَّعٍ أو لا يدَّعِيَهُ أحدٌ.

وعلى التقديرِ الأوَّلِ؛ فإمَّا أن يُقِيمَ علَيْهِ بينةٌ أو لا يُقِيمَ، فَيَخْرُجُ من هذا التقسيمِ أربعة أحوالٍ، كما ذَكَرَ في الكتابِ:

الأُولَىٰ: ألاَّ يُقِرَّ ولا يُدعى رِقُّهُ، فظاهر حَالِهِ الحُرِّيَّةُ؛ لأنَّ الآدَمِيِّينَ خُلِقُوا لِيُسَخِّروا لا لِيُسَخَّرُوا، وأَيْضاً، فأغلبُ الناسِ أحْرَارٌ[1].

وأيضاً، فإنَّ الأحرار أهلُ الدَّارِ، والأَرِقَّاءَ مَجْلُوبُونَ إِلَيْهَا لَيْسُوا من أهْلِهَا، فكَما نحْكُم بالإِسْلاَمِ بظاهِرِ الدَّارِ، نحْكُم بالحريةِ، وقد ذَكَرْنَا أنَّ مِنَ الأصْحابِ مَنْ لا يَجْزِمُ بالإِسْلاَمِ، ويذْهَبُ إلى التوقُّفِ، وذلك التردُّدُ فيما حكَاهُ الإمامُ يجري في الحرِّيَّةِ، وهي أَوْلَى بالتردُّدِ في الإسلامِ، لقوَّة الإسْلام، واقتضائه لِلاستتباعِ، ولذلك يتبع الوَلَدُ أيَّ الأبوَيْنِ، كان في الإسلام دون الحُرِّيَّةِ، ويتبع المَسْبِيُّ السَّابِيَ في الإسلام دُونَ الحريَّةِ، ثم ذَكَرَ تفْصيلاً متوسِّطاً ينحل من مقالات الأصحاب في المَسَائِلِ المَبْنِيَّةِ علَىٰ هذا الأصْلِ، وهو أن نجزم بالحريَّةِ، ما لم يَنْتَهِ الأمرُ إِلَىٰ إلزام الغير شيئاً، فإذا انْتَهَىٰ إليه، ترَدَّدْنَا، إن لم يعترف الملتزمُ بحريَّتِهِ، وهذا ما أشار إِلَيْه صَاحبُ الكتابِ بقوله «فيُحْكَمُ بها في كُلِّ ما يُلْزِمُ غَيْرَهُ شَيْئاً» فيخرجُ من ذلك أنَّا نحْكُمُ لَهُ بالمِلْكِ فيما يصادِفُه معَهُ جزماً، وإِذَا أَتْلَفَهُ عليه مُتْلِفٌ، أخَذْنَا الضَّمانَ وَصَرَفْناهُ إِلَيْه؛ لأنَّ المَالَ المعْصُومَ مضمونٌ، على المتلف، فلَيْس أخذُ الضَّمانِ بِسَبَبِ الحرِّيَّة، حتى يأتي فيه التردُّد، إذا أَخَذْنَاهُ فلا عوضَ للمتْلِفِ في أنْ يصرِفَهُ إلى اللقيط أو لا يصرفه.

---

(١) قال في التتمة: مجهول النسب إذا تزوج معتقة فأتت بولد فظاهر المذهب أنه لا ولاء على الولد؛ لأن ظاهر الدار دلَّ على الحرية، وحكى بعض الأصحاب طريقة أخرى أنه عليه الولاء لموالي الأم لجواز أن الأب رقيق وعليه يدل نص الشافعي في الملاعنة.
والثاني: في باب معاملات العبيد فإنه حكي عن المتولي أيضاً أن في معاملة من جهل رقه وحريته قولين أظهرهما الجواز لكن الخلاف هناك أقوى لإمكان التعبير عن حاله.

وقوله: «وميراثُه لبَيْتِ المالِ» وكذلك «أرشُ جِنَايَتِهِ في بيتِ المالِ»، هذا قد ذكره مَرَّةً في أوَّل الحُكْم الثاني، وكَأَنَّ الغَرَضَ من إعادَتِهِ هَاهنا بَيانُ أنَّه كما لاَ يمتنعُ ذَلِكَ بالتردُّدِ في إسلامِهِ، لا يمتنعُ بالتردُّد في حريتهِ.

قال الإمامُ: ويُحْتَمَلُ أن يُخَرَّج على التردُّدِ المذكورِ؛ لأنَّ مال بيْتِ المَال معصومٌ مضمونٌ به لا يُبْذَلُ إلا عَنْ تَحْقِيق، وإذا قُتِلَ اللقيطُ، فَقَدْ قلنا في وُجوبِ القصاصِ قولَيْنِ، واختلافَ الأصحابِ في[1] مأْخَذِهَا، وينضمُّ إليها التردُّدُ في الحريَّة، فمن لا يَجْزَمُ القولَ بإسْلامه وحريته، لا يوجبُ القِصَاص علَى الحُرّ المسْلِم بقَتْلِهِ، ويوجبه على الرَّقيقِ الكافر، ومن يَجْزِمُ بهما، يُخَرِّج وجُوبَ القِصاصِ بكُلِّ حالٍ على القولَيْن؛ بناءً علَىٰ أنَّه لَيْسَ له وارثٌ معيَّنٌ.

وإن قيل خطأً، فالواجبُ الديَةُ في أظْهرِ الوجْهَيْن؛ أَخْذاً بظاهِرِ الحُريَّةِ، وأقلِّ الأمرَيْنِ من الدِّيَةِ أو القيمةِ في الثانِي؛ بناءً على أنَّ الحرية غَيْر مستَيْقَنَةٍ، فلا يؤاخَذُ الجاني بما لا يستيقن شَغْلُ ذِمَّتِهِ به.

قال الإمامُ: وقياسُ هذا أنْ يوجَبَ الأقلُّ من قيمتِه عبداً أو دية مجوسيٍّ؛ لإمكان الحمل على التمجُّسِ، والخلافُ كالخلاف فيما إذَا قذفِه بَعْدَ البلوغ قاذفٌ، وادَّعَىٰ رِقَّهُ، هل يُحَدُّ، وقد يُرَتَّبُ الخلافُ في القصاصِ على الخلافِ فِي الدِّيَّةِ، فيقال: إنْ لم يُوجِبِ الديةَ، فالقصاصُ أوْلىٰ، وإنْ أوجبنَاهَا، ففي القصاصِ وجْهان؛ لسقوطِهِ بالشُّبهة، وإذا جَمَعَ بَيْنَهما، حَصَلَ ثلاثةُ أوجه كما ذكر في الكِتاب.

ثالثها: وجوبُ الديةِ دون القِصاصِ وقوله: «وإنْ قتله عبدٌ قُتلَ بهِ وإن قتَلَه حرٌّ» إلى آخره يَنْبَنِي علَىٰ وجوبِ القصاص بقتل مَنْ لاَ وَارِثَ له، فإنْ لم نوجِبْ، فلا فرقَ بين أن يكونَ القاتلُ عبداً أو حرّاً، فيجوزُ أن يُعْلَمَ قوله قُتلَ بالواو.

قال الغَزَالِيُّ: **(الحَالَةُ الثَّانِيَةُ) أَنْ يُدَّعَىٰ رِقُّهُ، فَلاَ يُقْبَلُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَىٰ مِنْ غَيْرِ صَاحِبِ اليَدِ، وَلاَ مِنْ صَاحِبِ اليَدِ إِذَا كَانَ يَدُهُ عَنِ الالْتِقَاطِ، وَإِنْ لَم يَكُنْ فَيُحْكَمُ (و) لَهُ بِالرِّقِّ ظَاهِراً، فَإِنْ بَلَغَ وَأَنْكَرَ فَفِي انْتِفَاءِ الرِّقِّ وَجْهَانِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الحالةُ الثانية أن يُدَّعَىٰ رِقُّه، وَلا بينة، وَمن ادَّعَىٰ رِقَّ صغيرٍ لا تتيقَّنُ حرِّيَّتَهُ، سُمِعَتْ دعواهُ؛ لإمكانها، ثم لا يَخْلُو؛ إما أن يكون الصغيرُ في يده أو لا يكونَ، إن لم يكُنْ في يدِهِ، لم يقبَل قوله، واحتاج إلى البَيِّنَةِ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ الحُرِّيَّةُ، فلا يُتْرَكُ، إلا بحجَّةٍ بخلاف دعْوَى النَّسَب؛ لِأَنَّ في قَبُولِها مصْلَحةً للطِّفْلِ، وإثباتَ حقٍّ له،

---

(١) سقط من: د.

وهاهنا في القَبُول إضرارٌ به وإثباتُ رقٍّ عليه، ولأنَّه لا نَسَبَ لَه في الظَّاهر، فلَيْسَ في قَبُول قولِ المُدَّعِي تَرْكُ أمْرٍ ظاهرٍ، والحريَّةُ مَحْكُومٌ بها ظاهراً، وإنْ كَانَ الصَّغيرُ في يده، فاليَدُ، إمَّا التي عَرَفْنَا استنادها إلى الْتقاطِ المَنْبُوذِ، وإمَّا غَيْرُهَا، إن كانَتِ الأُولَىٰ، ففيها قولان:

أحدُهُمَا: أنَّه يُقْبَل قولُهُ، ويُحْكَمُ له بالرِّقِّ، كما في غيرِ يَدِ الالتقاطِ، وكما لو التقط مالاً، وادَّعَىٰ أنه له، وَلاَ مُنَازِعَ، يُقْبَلُ قولُهُ، حتَّى يُجوزَ شِرَاؤُهُ مِنْهُ.

وأصحُّهما: وهو المذكورُ في الكِتاب: أنَّه لا يُقْبلُ قوله «ويحتاج إلى البينةِ»؛ لأنَّ الأصلَ الحريةُ، فلاَ يخَالفُ بمجرَّدِ الدعوَىٰ، ويخالف مَا إِذَا كَانَت اليدُ لاَ عن التقاط، كما سيأتي.

وأما إذا ادَّعَى ملكَ المال الملتقط؛ لأنَّ المالَ مَمْلوكٌ، ولَيْسَ فِي دعْوَاهُ [تغيُّرُ صِفَةِ المَالِ، واللَّقِيطُ حرٌّ ظاهرٌ، وفي دَعْوَاهُ][1] تغْييرُ هذه الصفة، وإنْ كانَتِ الثانيةُ، فَيُحْكَمُ لصَاحِبِها بالرِّقِّ الذي يدَّعِيهِ؛ لأنَّ الظاهِرَ أنَّ مَنْ في يدِهِ، وهو متصرِّفٌ فيه تصرُّف السَّادَاتِ في العَبِيدِ، مَلَكَهُ، ولم يَعْرِفْ حُدُوثَهَا لِسَبَبٍ لا يقْتَضِي المِلْكَ، ولا فَرْقَ بين أنْ يَكُونَ الصغيرُ مُمَيِّزاً أو غَيْرَ مُمَيِّزٍ، مُقِرّاً أو مُنْكِراً علَى أصحِّ الوَجْهَيْنِ.

والثاني: ويُحْكَىٰ عن أبي إسحاقَ: أنَّه، إن كان مميزاً منكِراً، احتاج المدَّعي إلى البيِّنَةِ؛ لأنَّ لكلامِهِ حُكْماً، واعتباراً في الجُمْلة.

قال الشيخ أبو عَلِيٍّ: والوجهان مبنيَّانِ على الوجْهَيْنِ في المولود، إذا ادَّعَاه اثْنَانِ، ولا قائِفَ، هل يُؤْمَرُ بالانْتِسَابِ؛ لِسِنِّ التَّمْيِيزِ، أم يُنْتَظَرُ إِلَىٰ أن يبلغ؟ وفي الخُنْثَى المُشْكِلِ، هل يُراجَعُ؛ لسنِّ التمييز أم يُنْتَظَرُ البُلُوغُ، ثم يحلف المدَّعِي، والحالةُ هذه؛ لخَطَرِ شأن الحرِّيَّة، وهو واجبٌ أو مستحبٌّ، فيه خلافٌ، والأول، هو الذي يُحْكَىٰ عَنِ النَّصِّ. ثم إذا بَلَغَ الصبيُّ، وأقرَّ بالرِّقِّ لغَيْرِ صَاحبِ اليَد، لم يُقْبَلْ، وإن قال: أَنَا حُرٌّ، فوجهان:

أَحَدُهُمَا، وبِهِ أجاب ابن الحدَّادِ: أنَّه لا يُقْبَلُ قولُهُ، إلاَّ أن يقيم بَينةً على الحريةِ؛ لأنَّا قد حَكَمْنَا برقِّهِ في حالِ الصِّغَرِ، فلا يُرْفَعُ ذلك الحُكْمُ إلاَّ بحجَّةٍ، لكنْ لَهُ تحليف السَّيِّد، قاله في «التهذيب».

والثاني، وبه قال أبو عليٍّ الثقفيُّ: أنَّه يُقْبَلُ قولُهُ، إلا أن يقيم المُدَّعِي للرِّقِّ بينةً علَىٰ رقه؛ لأنَّ الحُكْمَ بالرِّقِّ، إنما جَرَىٰ حِينَ لا قَوْلَ لَهُ، ولا منَازَعَةَ، فإذا صارَ مُعْتَبَرَ

---

(١) سقط من: د.

القَوْلِ، فلا بدَّ من إقْرَارِهِ أو البيِّنَةِ علَيْهِ، كما لو أدَّعَىٰ مُدَّعٍ رِقَّ بالغٍ، وهما كالوجْهَيْنِ، فيما إذا استلحقَ صغيراً، فبلغَ وأنْكَرَ، والوجهان في المسألَتَيْنِ مبنيَّان عندَ الشَّيْخِ أبي عليٍّ، والأئمَّة على القَوْلَيْنِ فيمَنْ حُكِمَ بإسْلاَمِهِ بأَحَدِ أَبَوَيْهِ أو بالسَّابي، ثم بَلَغَ، وأَعْرَبَ بالكُفر، يُجْعَلُ مُرْتداً، أو يجعل كافراً أصليًّا، ويقال: إنَّه الآنَ صَارَ مِنْ أَهْلِ القَوْلِ، فُيرجَعُ إِلَىٰ قوله، ولا يُنْظَرُ إِلَىٰ حُكْمِنَا به من قَبْل؟

«فرعان»:

أَحَدُهُمَا: رَأَىٰ صَغِيراً في يدِ إنْسَانٍ، يأمُرُهُ وينْهَاهُ، ويستَخْدِمُهُ، هَلْ له أن يَشْهَد له بالمِلْك؟ عن أبِي عليٍّ الطبريِّ: أنَّه علَىٰ وجْهين، وعند غيره أنَّه، إنْ سَمِعَهُ يقول: هو عَبْدِي، أو سَمِعَ النَّاسَ يقولون: إنه عَبْدُهُ، شهد بالمِلْكِ، وإلاَّ، فلا[1].

الثاني: رَأَىٰ صغيرةً في يَدِ إنْسَانٍ يدَّعي نِكَاحَهَا، فَبَلَغَتْ، وأَنْكَرَتْ، قُبِلَ قَوْلُهَا، واحتاج المدَّعي إلى البينةِ، وهل يُحْكَمُ في صِغَرِهَا بالنِّكاح؟

عن أبن الحدَّاد: أنَّه يُحْكَمُ، والأصَحُّ المنع، وفَرَقُوا بأنَّ اليدَ في الجملةِ دَالَّةٌ على الملْكِ، ويَجُوزُ أنْ يُولَدَ المَوْلُودُ، وهو مملُوك، ولا يجوزُ أنْ تُولَدَ، وهي منكوحةٌ، فالنِّكاحُ طارِىءٌ بكلِّ حالٍ، فأفتَقَرَ إلى البيِّنةِ.

وقولُه في الكتاب «أن يُدَّعَىٰ رِقُّهُ» لا يُمْكِنُ صَرْفَ الكتابةِ إلى اللَّقِيط؛ لأنَّه لا يَنْتَظِمُ حينئذٍ التَّفْصِيلُ، والفَرْقُ بين أنْ يَكُونَ اليدُ عن التقاطٍ أو لا عن التقاطٍ، بل هي

---

(١) قال النووي: هذا أصح، والله أعلم.
قال في الخادم: حكاية الأوجه هكذا فيه خلل والذي في الحاوي. فإن قيل: أفيجوز للشهود في الأموال أن يشهدوا فيها بالملك واليد وحدها؟
قيل: أما يد لم يقترن بها تصرف كامل فلا يجوز الشهادة بها في الملك، وأما إذا اقترن بها تصرف فقد اختلف أصحابنا فحكى أبو علي الطبري في إيضاحه وجهين عن غيره ووجهاً ثالثاً عن نفسه، أحد الوجهين: يجوز كما يجوز للحاكم، والحكم آكد من الشهادة.
والثاني: لا يجوز؛ لأن للحاكم أن يجتهد، وليس للشهود أن يجتهدوا.
والثالث: الذي حكاه عن نفسه إن اقتربت مشاهدة اليد والتصرف بسماع من الناس ينسبونه إلى ملك جاز أن يشهدوا بالملك ويشهدوا باليد. انتهى.
وظهر به خلل في الشرح والروضة من جهات:
أحدها: إلحاق سماع قوله عبدي بسماعه من الناس، وهذا لم يقله أحد أصلاً، وهو بعيد جداً.
وثانيها: انعكاس النسبة فإن الوجهين عن غيره.
والثالث: لعله له.
وكذا حكاه ابن كج في التجريد.

مصروفةٌ إلَى الصَّغير، وإن لم يَجْرِ له ذِكْرٌ، ويجوزُ أنْ يُعْلَم قَوْلُهُ «يُحْكَمُ لَهُ بالرِّقِّ ظاهراً» لأنَّ القاضِيَ ابنَ كج حَكَىٰ وجهاً؛ أنَّ دعْوَى الرِّقِّ من صاحبِ اليدِ لا [يُمْكِنُ أن] تقبل إلاَّ بالبَيِّنةِ، وإنْ لم يكنْ يَدهُ عنِ ٱلتقاطٍ.

قال الغَزَالِيُّ: **(الثَّالِثَةُ) أَنْ يُقِيمَ المُدَّعِي بَيِّنَةً عَلَى ٱلرِّقِّ مُطْلَقاً، فَفِيهِ ثَلاثَةُ أَقْوَالٍ: (أَحَدُهَا): أَنَّهُ يَسْمَعُ كَبَيِّنَةِ المَالِ (وَالثَّانِي): لاَ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَسْتَنِدُ إِلَىٰ ظَاهِرِ يَدِ ٱلالْتِقَاطِ (وَالثَّالِثُ): أَنَّهُ لاَ يَقْبَلُ مِنَ المُلْتَقِطِ وَيَقْبَلُ مِنْ غَيْرِهِ لِسُقُوطِ هَذَا الخَيَالِ، فَإِنْ شَرَطْنَا التَّقْيِيدَ فَالمُقَيّدُ بِأَنْ يَسْتَنِدَ إِلَىٰ شِرَاءٍ أَوْ إِرْثٍ أَوْ سَبْيٍ أَوْ يَقُولَ: وَلَدَتْهُ مَمْلُوكَتِي عَلَىٰ مِلْكِي، فَإِنِ ٱقْتَصَرَ عَلَىٰ قَوْلِهِ وَلَدَتْهُ مَمْلُوكَتِي فَقَدْ قِيلَ: لاَ يَكْفِي (و) لِأَنَّهُ قَدْ تَلِدُ المَمْلُوكَةُ حُرّاً، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يَكْفِي إِذِ القَصْدُ قَطْعُ ٱحْتِمَالِ ٱلاسْتِنَادِ إِلَىٰ ظَاهِرِ اليَدِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الحالية الثالثة: أنْ يَدَّعِيَ رِقَّهُ مُدَّعٍ أو يُقِيمَ عَلَيْه بينةً، حيثُ يحتاجُ مُدَّعِي الرِّقِّ إلى البينةِ كما فصَّلْناه، فهَلْ يُكْتَفَىٰ بإقامةِ البَيِّنةِ على الرِّقِّ أو المِلْكِ مطلقاً؟ فيه قَوْلانِ:

أحدُهما: نَعَمْ، كما لو شَهِدَتِ البينةُ علَى المِلْك في دارٍ أو دابَّةٍ أو غيرهِمَا مِنَ الأموالِ، يكفي الإطْلاقُ، وهَٰذا ما اختارهُ المُزنِيُّ.

ويُحْكَىٰ عن نصِّه في «الدعاوى والبينات» وفي القديم والثاني، وهو المَنْصُوصُ هاهنا أنّه لا يكتفي بها؛ لأنّا لا نَأْمَنُ أنْ يكُونَ ٱعتمادُ الشاهِدِ علَى ظَاهرِ اليَدِ، وتكُون اليَدُ يَدَا ٱلتِقاطٍ، وإذا ٱحْتُمِلَ ذلك، واللَّقِيطُ محكومٌ بحرِّيتِهِ بظاهِرِ الدارِ، [فلا يُزَالُ ذلك الظاهر][1] إلاَّ عن تحقِيقٍ، ويخالف سائرَ الأموال؛ لأنَّ أَمْرَ الرِّقِّ خَطِيرٌ، وهذا أَصَحُّ فيما ذَكَرَهُ الإمامُ وصاحِبُ التَّهْذِيبِ والقاضي الرُّويانيُّ وآخَرُونَ، ومنْهم مَنْ رَجَّحَ الأوَّل. قال القاضي ابنُ كج والشَّيْخُ أبو الفَرَج الزاز: ويؤيدُه أنَّ منَ الأصحَابِ مَنْ قَطَعَ بالقَوْلِ الأوَّل، ولمْ يُثْبِتِ الثاني، وَحَمَلَ نَصَّهُ هاهنا علَىٰ ٱلاحتياطِ، ولِمَنْ قَالَ به أنْ يَحْتَجَّ بأنَّ قِيَامَ البَيِّنةِ على مُطْلَقِ المِلْكِ ليسَ بأقلَّ مِنْ دَعْوَى غَيْرِ المُلْتَقِطِ رِقَّ الصغيرِ فِي يَدِهِ[2]، فإذا اكتفَيْنَا به، جاز أن يُكْتَفَى بالبينةِ على المِلْكِ المُطْلَقِ.

(التفْريعُ): إنْ لم نكتف بالبينةِ المطْلَقةِ شَرَطْنا تَعَرُّضَ الشُّهود لسَبَبِ المِلْكِ مِنَ الإرْثِ والشراء أو الأيهَابِ ونَحْوِهَا.

ومن الأسبابِ أنْ يَشْهَدَ بأنَّ أَمَتَهُ وَلَدَتْهُ مملوكاً له، فإن ٱقتصرُوا علَىٰ أن أمته وَلَدَتْهُ

(١) سقط في: ز.

(٢) قال النووي: كل من الترجيحين ظاهر، وقد رجح الرافعي في «المحرر» الثاني.

أو أَنَّه وَلَدُ أَمَتِهِ، فالذي نَقَلَهُ المُزنيُّ هاهنا أَنَّه يكْفِي.

وقال في «الدعاوَىٰ والبَيِّنَاتِ»: إِنْ شَهِدَتِ البينةُ أنه ابنُ أَمَتِهِ، وَلَدَتْهُ في ملْكِهِ، قبلت، فقَالَ الأكْثَرُونَ: فيه قولان:

أحدُهما: أنَّه لا يَكْفِي ذلك؛ لأنَّه إذا اشْتَرَىٰ جاريةً قد وَلَدَتْ أوّلاً، فصدق أن يُقَالَ: إنَّ أمَتَهُ وَلَدَتْهُمْ، ولَيْسُوا مِلْكاً له، وأيْضاً، فإنَّ أَمَتَهُ قد تَلِدُ حُرًّا بالشُّبهةِ، وفي نِكَاحِ الغرور.

وقد يَلِدُ مملوكاً للغَيْر بأن أَوْصَىٰ بحَمْل جاريتِهِ للغير، وماتَ فهو للوارث، والذي يَلِدُهُ للمُوصَىٰ لَهُ.

وَأَصَحُّهُمَا: علَىٰ ما ذكر[ه] في الكتاب: الاكتفَاءُ بِهِ؛ لِأَنَّ المقْصُودَ العِلْمُ بأنَّ شَهَادَتهُمْ لَم تَسْتَنِدْ إلى ظاهر اليَدِ، وقدْ حَصَلَ هَٰذَا الغَرَضُ أيْضاً، فإنَّ الغَالِبَ أنَّ وَلَدَ أَمَتِهِ مَلَكَهُ.

ومنْهُمْ مَنْ قَطَعَ بالقَوْلِ الثَّانِي، وجَعَلَ ما ذَكَرَهُ في «الدَّعَاوَىٰ» تأكيداً، ولو شَهِدَتِ البينةُ بأنَّ أَمَتَهُ وَلَدَتْهُ في ملكهِ، فإطلاق الجَمهورِ الاكتفاءُ به.

وقال الإمَامُ: لا يُكْتَفَىٰ به تَفْريعاً علَىٰ وجُوبِ التَّعرُّضِ لِسَبَبِ المِلْكِ؛ لأنَّهِ قد تَلِدُ أَمَتُهُ في مِلْكِهِ حُرًّا أو مَمْلوكاً للغَيْرِ علَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، وهذا حقٌّ، ويُشْبِهُ ألاَّ يكونَ فيهِ خِلاَفٌ، ويكون قولُهُم «فِي ملْكِهِ» مصْرُوفاً إلى المولدِ بمثابةِ قَوْلِ القَائِلِ «وَلَدَتْهُ فِي مَشِيمَةٍ، لا إلى الولادةِ ولا إلى الوالدة»، وحينئذٍ لا فَرْقَ بينه وبَيْنَ قولِهِمْ «وَلَدَتْهُ مَمْلُوكاً [لَهُ]»، وعلى القوْلَينِ تُقْبَلُ هذه الشهادةُ من رَجُلٍ وامْرَأَتَيْنِ، لأنَّ الغَرَضَ إثْبَاتُ المِلْكِ، وإذَا اكْتَفَيْنَا بالشَّهادةِ علَىٰ أنَّه وَلَدَتْهُ أَمَتُهُ، فنقْبَلُ مِنْ أربَعَ نِسوَةً أيضاً؛ لأنَّها شهادةٌ على الْوِلاَدَةِ، ثم يَثْبُتُ المِلْكُ في ضمنها، كما يَثْبُتُ النَّسَبُ في ضمن الشَّهَادة عَلَى الوِلاَدَةِ، ولو شَهِدَتْ عَلَىٰ أنَّه مِلْكُهُ وَلَدَتْهُ أَمَتُهُ، فعَنِ القَاضِي الحُسَيْن أنَّه يَثْبُتُ المِلْكُ والوِلاَدَةُ، وذِكْرُ المِلْكِ لا يَمْنَعُ مِنْ ثُبُوتِ الولادة، ثم يَثْبُتُ المِلْكُ ضمْناً لاَ بتصريحهِنَّ.

لو شَهِدَتِ البينةُ لِمُدَّعِي الرِّقِّ باليد؟

قال في «المهذَّب»: إنْ كان المُدَّعِي الملتقط، لم يُحْكَمْ له، وإنْ كان غَيْرُهُ؛ فقولاَنِ:

وفي «الشَّامِل» وغيرِهِ ما هو أقْوَمُ وأحْسَنُ منْ هذا، وهو أنَّ المُدَّعِيَ، إذَا أقَامَ البينةَ علَىٰ أنَّه كَانَ في يَدِهِ قَبْلَ أَنْ يَلْتَقِطَهُ المُلْتَقِطُ، قُبِلَتْ، وثَبَتَتْ يَدُهُ، ثم يُصَدَّقُ في دَعْوَى الرِّقِّ، لما مرَّ أن صاحِبَ اليد على الصَّغِير إذا لم يعرف أنَّ يده عنِ الْتِقَاطٍ، يُصَدَّقُ في دَعْوَى الرِّقِّ، وبمِثْلِهِ أَجَابَ صاحبُ «التهذيبِ» فيما إِذَا أقَامَ المُلْتَقِطُ بَيِّنَةً على أنَّه كانَ في

يَدِهِ قَبْلَ أنِ ٱلْتَقَطَهُ، لَكِنْ رَوَىٰ القَاضِي أبْنُ كَج في هذه الصُورَةِ عنِ النصِّ أنَّه لا يُرَقُّ حتَّى يقيم البَيِّنَةَ علَىٰ سبب المِلْك، ووجهه بأنَّه إذا عُرِفَ بأنَّه التقطه، فكأنَّه أقرَّ له بالحرِّيَّة ظاهراً، فلا تُزَالُ إلاَّ عن تحقيق.

جئْنا إلَىٰ ما يتعلَّق بلفظ الكتابِ:

قوله «فيه ثلاثةُ أقْوَالٍ» يجوز إعلامُهُ بالواو؛ للطريقة القاطِعَةِ بالاكتفاء.

وقوله «كبينةِ المالِ» يعني في سائرِ الأموال، وإلاَّ فالعَبْدُ مالٌ أيضاً.

وأمَّا القَوْلُ الثَّالِثُ، وهو الفرقُ بَيْن الملْتَقِطِ وغَيْرِهِ في ٱلاكْتفَاءِ بالبينةِ المطْلَقَة، فَهٰذَا لا ذِكْرَ لَهُ في كُتُبِ الأصحَابِ، لكنه مخرَّج مما ذكَرُوهُ، ومِنْ كَلاَمِ الإمَامِ لا بُدَّ من حِكَايَتِهِ، وذلك أنَّه حَكَىٰ فيما إذَا ادَّعَى المُلْتَقِطُ رِقَّهُ، القَوْلَيْنِ كما قدَّمنا، ثم قالَ: إنَّ المُزَنِيُّ لَمَّا نَقَلَ عَن الشافعيِّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أشتِرَاطَ تَقْيِيدِ البينَّةِ على الملتقط، حَكَىٰ نصّاً آخَرَ، وهو أنَّه قال: إذا التقط الرَّجُلُ منبوذاً، وجاء آخَرُ، وقَالَ: هذ اللَّقِيطُ مِلْكِي، كَانَ في يَدِي قَبْلَ الٱلْتقَاطِ، فأقام بَيِّنَةً علَىٰ أنه مِلْكُهُ مُطْلَقًا، قُبِلَتِ الشهادةُ وَنَظَمَهُمَا قَولَيْنِ، وٱخْتَارَ أَحَدَهُمَا.

قال: وهَذَا مأخوذٌ علَيْهِ، فإنَّ النَّصَّ الأَوَّلَ في المُلْتَقِطَ.

والثاني: في غَيْرِ المُلْتَقِطِ، وَلَيْس فِي حقِّ غَيْرِ المُلْتَقِطِ يَدُ ٱلتِقَاطِ حتى يحدّد ٱستناد الشهادةِ إليها، فقُبِلَتْ على إطلاقِها، وحاصِلُهُ أنَّ البَيِّنَةَ المُطْلَقَةُ يُكْتَفَىٰ بِهَا من غَيرِهِ، وفي الملْتَقِطِ قَوْلاَنِ، والجمهورُ أَثْبَتُوا فيهما قولَيْنِ بلا فَرْقٍ؛ فتولَّد مِنَ النَّقْلَيْنِ قَوْلٌ فارقٌ كما في الكتابِ، ولكنْ في كلام الإمام توقُّفُ في الموضِعَيْنِ.

أَحَدُهُمَا: أنَّه حَمَلَ ما نقلَهُ المُزَنِيُّ أوَّلاً علَىٰ ما إذا أدَّعَى الملْتَقِطُ رِقَّهُ، ولَيْسَ في اللقيط ما يخصِّصهُ به؛ لأنَّه قال: قال الشافعيُّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ: «فإذا ادَّعَىٰ رجُلٌ اللَّقِيطَ أنَّه عبْدُهُ، لمْ أقبل حتى يشهَدَ أنَّها رَأَتْ أمَةَ فلانٍ وَلَدَتْهُ» يعْني المدَّعِي.

والثاني: أنَّ لفظَ النصِّ الأخيرِ، وقال في موْضِعِ آخَرَ: وإنْ أَقَامَ بينةً بأنَّهُ كان في يدِهِ قَبْلَ ٱلتِقَاطِ الملتقط، أَرْقَقْتُهُ لَهُ، ولَيْسَ فيه تَعَرُّضٌ لَلمِلْكِ، إلاَّ أنَّ ما ذكره الإمامُ من أنَّ هَذَا النَّصَّ قَوْلٌ بقبول الشهادةِ على المِلْكِ مُطْلَقاً يوافقه كَلاَمُ الأصْحَابِ، وكأنَّهُمْ فَهِمُوا من قُبُولِ الشَّهَادةِ على اليد الدالة على مطْلَقِ المِلْكِ قَبولَ الشهادةِ عَلَىٰ مطلَقِ المِلْكِ بطريقِ الأَوْلَىٰ، لكنْ يُتَوَجَّهُ أنْ يُقَال: المِلْكُ في صُورَةِ النَّصِّ [هو] غير ثابِتٍ بالبينةِ، وإنَّما ثبتتْ بها اليَدُ والإِرْقَاقُ بقَوْلِ صاحِبِ اليَد، كما تقدَّم.

وقولُهُ «فَالمُقَيَّدُ بأَنْ يَسْتَنِدَ إلَىٰ شِرَاءٍ أَوْ إِرْثٍ أَوْ سَبْيٍ أَوْ يَقُولَ: وَلَدَتْهُ مَمْلُوكَتِي عَلَىٰ مِلْكِي» هذَا حكايةُ لفظَ المدَّعِي، ثم الشُّهُودُ يُطبِّقُون شَهادَتَهُمْ عَلَيْهِ، ولا يُفْهَمُ مِنْ

هَٰذَا أنَّ المُدَعِي يَجِبُ عَلَيْهِ ذِكْرُ سَبَبِ المِلْكِ، بَلْ يَكْفِي الدَّعْوَىٰ.

وقولُهُ «هو ملكي»، ولفظ الكتاب جرى على سبيل الإيضاح.

وقولُه «فقَدْ قِيلَ: لا يكْفي» يجوز أن يُرْقَمَ بالواوِ؛ للطريقة القاطِعَةِ بالاكتفاء، ولفظه «قَبْل» في الأكْثرِ يستعمل في وجُوه الأصْحَابِ، ورُبَّمَا بالغ فِيهِ الإمَامُ، فإنَّهُ حَكَى الخِلاَفَ في المَسْألَةِ وجْهَيْنِ، والأكْثَرُون نَقَلُوا قولَيْنِ منصُوصَيْنِ.

وقولُهُ «إذ القَصْرُ قَطْعُ احتمال الاسْتِنَادِ إلَىٰ ظاهِرِ اليدِ» معناهُ أنَّ التعرُّضَ لِمُطْلَقِ المِلْكِ، إنَّمَا لم يُكْتَفَ بِهِ؛ خَوْفاً مِنْ أن يعتمد الشهودُ اليد.

فإذا أَسْنَدُوهُ إلَىٰ غير اليَدِ، فَقَدْ أَمِنَّا مِنْ ذلكَ، فلا حاجَةَ إلى التَّنْصِيصِ على تَمَامِ سَبَبِ المِلْكِ، ويؤَيِّدُهُ أن قَوْلَ الشُّهود «إنَّهُ مِلْكُهُ، ولَدَتْهُ مملوكَتُهُ، جَعَلَهُ في «التهذيب» بمثابة قَوْلِهِمْ «وَلَدَتْهُ مَمْلُوكَتُهُ عَلَىٰ مِلْكِهِ» ولم يذكر فيهما خلافاً، وإنَّمَا ذَكَرَ الخِلاَفَ فيما إذَا قالُوا: وَلَدَتْهُ مَمْلُوكَتُهُ، أو إنَّهُ وَلَدُ مَمْلُوكَتِهِ.

قال الغَزَالِيُّ: **(الرَّابِعَةُ): أَنْ يُقِرَّ عَلَىٰ نَفْسِهِ بالرِّقِّ، فَإِنْ كَانَ بَعْدَ أَنْ أَقَرَّ بِالحُرِّيَةِ لَمْ يُقْبَلْ عَلَى الصَّحِيحِ، وَإِنْ كَانَ قَبْلَ أَنْ أَقَرَّ بالحُرِّيَّةِ قُبِلَ إِقْرَارُهُ، وَإِنْ أَقَرَّ لإِنْسَانٍ بِالرِّقِّ فَأَنْكَرَهُ فَأَقَرَّ لِغَيْرِهِ فَالنَّصُّ أَنَّهُ لاَ يُقْبَلُ للثَّانِي لِأَنَّهُ كَالمَحْكُومِ بِحُرِّيَتِهِ يُرَدُّ إِقْرَارَهُ الأَوَّلُ، وَالقَوْلُ المُخَرَّجُ أَنَّهُ يُقْبَلُ، كَمَا لَوْ أَنْكَرَتِ المَرْأَةُ الرَّجْعَةُ ثُمَّ أَقَرَّتْ، وَإِنْ كَانَ قَدْ سَبَقَ مِنْهُ تَصَرُّفٌ، فَإِنْ أُقِيمَ بَيِّنَةٌ عَلَىٰ رِقِّهِ تُتُبِّعَتِ التَّصَرُّفَاتِ وَجُعِلَتْ كَأَنَّهَا صَدَرَتْ مِنْ عَبْدٍ بِغَيْرِ إِذْنِ السَّيِّد، وَإِنْ عُرِفَ رِقُّهُ بِإِقْرَارِهِ فَيُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِيمَا عَلَيْهِ مُطْلَقاً، وَفِيمَا يَضُرُّ بِغَيْرِهِ أَيْضاً عَلَىٰ أَظْهَرِ الأَقْوَالِ، وَفِي قَوْلٍ: لاَ يُقْبَلُ فِيمَا يَضُرُّ بِغَيْرِهِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الحالةُ الرابعةُ: أنْ يُقِرَّ عَلَىٰ نَفْسِهِ بِالرِّقِّ، وهو عاقلٌ بالغٌ، فَيُنْظَرُ؛ إنْ كَذَّبَهُ المُقِرُّ له، لم يثْبتِ الرِّقُّ، ولو عادَ بعْد ذَلِكَ، فَصَدَّقَهُ، لم يلتفت إليه؛ لأنَّه لمَّا كذَّبَهُ، ثَبَتَتْ حُرِّيَتُهُ بِالأصْلِ، فلا يَعُودُ رقيقاً، وإنْ صَدَّقَهُ، فإمَّا أنْ يسبِقَ الإقرارَ ما يناقضه أو لا يَسْبِقَهُ.

القِسْمُ الأَوَّلُ: ألاَّ يَسْبِقَهُ ما يُنَاقِضُه، فَيُقْبَلُ إقْرَارُهُ، كسائر الأقَارِيرِ، وعَنْ حِكَايَةِ صاحب «التقريب» قولٌ آخرُ؛ أنَّه لا يُقْبَلُ؛ لأنه محكومٌ بحرِّيَّته بالدَّارِ، فَلاَ ينقض، لمَّا أنَّ المحكُومَ بإسْلاَمِهِ بظَاهِرِ الدَّارِ، إذَا أعْرَبَ بالكفر، لا ينقض ما حُكِم بِهِ في قَوْلٍ، بلْ يُجْعَلُ مُرْتَدّاً.

والقِسْمُ الثَّانِي: أن يسبقه ما يُنَاقِضُهُ، وفيه صُوَرٌ.

إحداها: إذا أَقَرَّ بالحريَّة بعْد البلوغ، ثم أَقَرَّ بالرِّقِّ، لَمْ يُقْبَلْ؛ لأنَّه بالإقرار الأوَّل،

التزم أحكامَ الأحْرَارِ في العِبَادَاتِ وغيرِها، فلم يَمْلِكْ إسْقَاطَهَا، وأيضاً فإنَّ الحُكْمَ بالحُرِّيَّةِ بظَاهِرِ الدَّارِ. قد تأكَّد بإعرابه عن نَفسه، [فلا يُقْبَلُ ما يناقِضُه، كما لو بَلَغ وأَعْرَبَ عنْ نَفْسِه][1] بالإسلام، ثم وصف بالكُفْرِ، لا يُقْبَلُ ويُجْعَلُ مُرْتَدًا.

ونقل الإمَامُ وجْهاً آخَرَ أنَّه يُقْبَلُ، وذكر أنَّ الصَّيْدَلاَنِي، قَطَعَ به تشبهاً بما إذَا أَنْكَرَت المرأَةُ الرَّجْعَةَ، ثم أقرَّتْ، وأيْضاً، فإنَّه لو قال: هَذَا مِلْكِي، ثم أَقَرَّ لغيره، يُقبَلُ والمَذْهَبُ الأَوَّلُ.

الثانية: إذا أَقَرَّ بالرِّقِّ لزَيْدٍ، فكذَّبَهُ، فأقر لِعَمْرو، فعن تخريج ابْنِ سُرَيج أنَّه يُقْبَلُ كما لو أقر بِمَالٍ لزَيْدٍ، فَكَذَّبَهُ، فأَقَرَّ به لعَمْرو، وأيْضاً، فاحتمال الصِّدْقِ في الثَّاني قائِمٌ، فَوَجَبَ قَبُولُهُ. والمذْهَبُ المنْصُوصُ المَنْعُ؛ لأنَّ إقْرَارَهُ الأَوَّلَ تَضَمَّنَ نَفْيَ المِلْكِ لغَيْرِهِ، فإِذَا رَدَّ المُقَرُّ لَهُ خَرَجَ عَن كونِهِ مملوكاً له أيْضاً، فصار حُرًّا بالأَصل، والحُرِّيَّةُ مَظَنَّةُ حُقُوقِ اللَّهِ تعالَىٰ وَالعِبَادِ، فَلاَ سَبِيلَ إِلَىٰ إِبْطَالِهَا بالإقْرَار الثاني.

الثالثةُ: إذَا وُجِدَتْ منه تصرُّفاتٌ تَسْتَدْعِي نُفُوذَهَا بالحُرِّيَّةِ من بيع وَنِكَاح وَغَيْرِهَا، ثم أقرَّ بالرِّقِّ. قال الإمامُ: إنْ فرَّعْنَا علَىٰ ما نَقَلَهُ صاحبُ «التقريب» في الصُّورَةِ الأُولَىٰ، فإقْرَارُهُ لاغ مُطَّرَحٌ.

نعم، لو نكح ثُمَّ أَقَرَّ بالرِّقِّ، فإقْرَارُهُ اعتراف بأنَّها محرَّمةٌ علَيْهِ، فلا يمكن القَوْلُ بحلِّها [و] إنْ قُلْنا بالقَبُولِ هُنَاكَ، ولا إقرارَ قَبْلَه ولا تَصَرُّفَ، فيجيء هَاهُنَا الخلافُ الَّذِي سَنَذْكُرُهُ، ونَحْن نُقْدِمُ علَيْهِ، أنَّهُ، لو ثَبَتَ الرِّقُّ بالبَيِّنَةِ، والحالَةُ هذه، تنْقُضُ التصرُّفَاتِ المسْتَدعِيَةَ للحُرِّيَّةِ، وتُجْعَلَ صادِرَةً منْ عَبْدٍ، لم يأْذَنْ له السَّيِّدُ، ويسترد ما دُفع إليه من الزَّكَاةِ، والميراث، وما أُنْفِقَ عليه مِنْ بَيْتِ المالَ، وتُبَاعُ رقبته فيهما.

إذا عرفت ذلك جئنا إلى الإقْرَار.

قال الشافِعِيُّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ: «ألزمته ما ألزمه بِهِ قَبْلَ إقْرَارِهِ» وفي إلْزَامِهِ الرِّقَّ قَوْلاَنِ، وللأَصْحَابِ فيما ذَكَرَهُ طَرِيقان:

أَحَدُهُمَا، ويُحْكَىٰ عَنْ أَبِي الطَّيِّبِ بْنِ سلَمَة: في قَبُولِ أصْلِ الإقْرَار قَوْلان؛ لظاهِرِ قولِهِ «وفي إلْزَامِهِ الرِّقَّ قولانَ»، وجْه عدَم القَبُول: أنَّه محكومٌ بحريته بظاهر الدَّار، فلا يَمْلِكُ إِسْقَاطَ أحكامها، كما لو أَقَرَّ بالحرِّيَّة ثم بالرِّقِّ، ووجْهُ القَبُولِ أنَّ ذَلِكَ الحُكْمَ كانَ بِنَاءً على الظَّاهِرِ، فَيَجُوزُ أنْ يُغَيَّر بالإقرار، كَمَا أنَّ مَنْ حُكِمَ بإسْلاَمه بظاهِر الدَّارِ، فَبَلَغَ، وأَعْرَبَ بالكُفْرِ، يُجْعَلُ كافراً أصليًا على الأصحِّ.

(١) سقط في: ز.

وأصحُهما: القطعُ بقُبُولِ أصْلِ الإِقْرَارِ، وثبوت أحكام الأرقَّاءِ له في المُسْتَقْبَلِ مُطْلقاً، وتخصيص القولَيْنِ بأحكَام التَّصرُّفاتِ السَّابِقَةِ، فأحَدُ القولَيْنِ القَبُولُ في أحكامها أيضاً، سواءٌ كان مما يَضُرُّ بِهِ أو ينْفَعُ، ويضرُّ غيْرَهُ؛ لِأَنَّهُ لا تهمة فيهِ، إذ الإنْسَانُ لاَ يَرِقُّ نَفْسَهُ؛ لإلحاق ضَررٍ جَرىٰ بالغير، وأيضاً، فلأنَّ تِلْك الأحكامَ فُرُوعُ الرِّق، فإذا قَبِلْنا إقْرَارَهُ في الرِّقِّ الَّذِي هو الأَصْلُ، وَجَبَ القُبُولُ في أحْكَامِهِ الَّتي هِيَ فروعٌ له.

وأصحُهُما: المَنْعُ في الأَحكَامِ الَّتِي تضُرُّ بغَيْرِهِ، وتَخْصِيصُ القَوْلِ بالأحكَام التي تَضُرُّ بِهِ؛ كَمَا لَو أَقَرَّ بمالٍ عَلَىٰ نَفْسِهِ وَعَلَىٰ غَيرِهِ، فَإِنَّهُ يُقْبَلُ عليه ولا يُقْبَلُ عَلَىٰ غَيْرِهِ، وبهَٰذا قال أبو حَنِيفةَ، واختاره المُزَنِيُّ، وعَنْ أحمد روايتان كالقَوْلَيْن.

قال الشيخُ أبو عَلِيٍّ، وَهَٰذَانِ القَوْلاَنِ مع القَبُول في أصْلِ الرِّقِّ، كما يَقُول فيما إذا أَقَرَّ العبْدُ بسرقةٍ توجب القَطْعَ، والمَالُ في يدِهِ، يُقْبَلُ إقرَارُهُ بالقَطْعِ، وفي المالِ خِلاَفٌ، وأصْحَابُ هَٰذِهِ الطَّرِيقَةِ قَالُوا: «وقَولُهُ وفي إلزامِهِ الرِّقَّ قَوْلاَنِ» معناه في إلْزَامِهِ أحْكَامَ الرِّقِّ. ففي قَوْلٍ؛ يلزمه الكل، وفي قول؛ يفصل، وذلك يتبيَّنُ عِنْدَ شُرُوعِهِ في تَفْصِيلِ القَوْلَيْنِ.

وأمَّا قولُهُ «أَلْزَمْتُهُ مَا لَزِمَهُ قَبْلَ إِقْرَارِهِ» ففي بعْضِ الشُّرُوحِ تفسيرُهُ بالأحْكَامِ الَّتي تَلْزَمُ الأَحْرَارَ والعَبِيدَ جميعاً.

وقال المَسْعُودِيُّ: أي: لا أُسْقِطُ عَنْهُ بهَٰذا الإقْرارِ ما لَزِمَهُ قَبْلَهُ من حقوق الآدَمِيِّينَ، والأوَّل أَثْبَتَهُ بنَظْمِ الكَلاَمِ.

«وفي النهاية» أن بَعْضَ الأصْحَابِ طَرَدَ قَوْلَ التَّفْصِيلِ ما يَضُرُّ بِهِ، ومَا يَضُرُّ بغيره في المُسْتَقبلِ أيضاً، ويُخَرَّجُ من ذَلِكَ ثَلاَثَةُ أقْوَالٍ:

أحَدُهَا: القَبُولُ في أحْكَامِ الرِّقِّ كلِّهَا ماضياً ومُسْتَقْبِلاً.

والثاني: تخصيص القُبُولِ بما يَضُرُّ بِهِ، والمَنْعُ فيما عَدَاهُ ماضياً ومستقبلاً.

والثالث: تخصيصُ المَنْع بما يضرُّ بغيره فيما مَضَى، والقُبُولُ فيما عداه. وثلاثَتُهَا مُتَّفِقَةٌ على القُبولِ فيما عَلَيْهِ؛ فلَذلك قالَ صاحِبُ الكِتَابِ «فَيُقْبَلُ إقْرَارُهُ فيما علَيْه مطلعاً» وخصَّصَ التَّرَدُّدَ بما يَضُرُّ بغيره، وقد تعرَّض لذكرِ الأقْوَالِ، إلاَّ أنَّهُ لم يُصَرِّحْ بتَفْضِيلِهَا جميعاً، وَجَعْلُهُ القَبُولُ فيما يَضُرُّ بالغَيْرِ أَظْهَرَ الأقْوَالِ غَيْرُ مُسَاعَدٍ علَيْهِ، بل الأصحابُ إلى المنع أمْيَلُ، وقَدْ صَرَّحَ بتَرْجِيحِهِ المَسْعُودِيُّ، وصَاحِبُ «التهذيبِ» والقاضي الروياني، وبِهِ أجابَ ابنُ الحَدَّاد، وَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ. قَوْلُه «فَيُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فيما علَيْهِ مُطْلَقاً» بالواو؛ لِأَنَّ المذْكُورَ في الكِتَابِ هُوَ الطَّرِيقُ الثاني.

وقولُهُ في أوَّل الفصلِ «لم يقبل على الصحِيح» يعني من الوجْهَيْنِ، وأَعْلِمْ قَوْلَهُ

«قَبِلَ إِقْرَارُهُ» لما رَوَاهُ صَاحِبُ «التقريب». وقولَهُ «فالنَّصُّ أَنَّهُ لا يُقْبَلُ» والقَوْلُ المُخَرَّجُ أَنَّه يقبل المرَادُ مِنهُ مَا قَدَّمْنَاهُ من تخرِيج ابْنِ سُرَيْجٍ، لكنَّ عَامَّةَ النَّقَلَةِ حَكَوْهُ حِكَايَةَ الوجُوهِ دُونَ الأَقْوَالِ المخرَّجَةِ عَلَىٰ أَنَّ الأَمْرَ فيه قَرِيبٌ، وتشبيهه بما إِذَا أنكَرَتِ المرأَةُ الرَّجْعَةَ، ثم أَقَرَّتْ بَعِيدٌ عن المسألةِ، فإِنَّ الإنكار والإقْرَارَ هناك متعَلِّقَانِ بشَخْصٍ وَاحِدٍ، وحَقٍّ واحدٍ، وهَاهُنَا صدَر منهُ إقراران لشَخْصَيْنِ تخلَّلَهما الإنْكَارُ من المُقَرِّ لَهُ الأَوَّلِ، وموضع هذا التشبيه ما إذَا أَقَرَّ بالحرِّيَّةِ، ثم أَقَرَّ بالرِّقِّ فِي توْجِيهِ مَا اخْتَارَه الصيدلانيُّ، علَىٰ ما سَبَقَ، وكذلك ذكَرَهُ في «الوَسِيطِ» فكأنَّه اشتبه علَيْه.

قال الغَزَالِيُّ: **فَإِنْ قُلْنَا: لاَ يُقْبَلُ فِيمَا يَضُرُّ بِغَيْرِهِ، فَإِنْ كَانَتْ لَقِيطَةً فَأَقَرَّتْ بَعْدَ النِّكَاحِ فَالنِّكَاحُ مُطَّرِدٌ، وَالمُسْتَحَقُّ لِلسَّيِّدِ أَقَلُّ الأَمْرَيْنِ مِنَ المُسَمَّىٰ أَوْ مَهْرِ المُثْلِ، وَالأَوْلاَدُ أَحْرَارٌ، وَلَوْ طَلَّقَهَا زَوْجُهَا فَعَلَيْهَا ثَلاَثَةُ أَقْرَاءٍ (و) نَظَراً لِلزَّوْجِ، فَإِنْ مَاتَ الزَّوْجُ فَعَلَيْهَا شَهْرَانِ وَخَمْسَةُ أَيَّامٍ إِذْ مَاتَ الزَّوْجُ فَلاَ مَعْنَىٰ لِلنَّظَرِ لَهُ، وَقِيلَ: إِنَّهُ لاَ يَلْزَمُهَا إِلاَّ الاسْتِبْرَاءُ إِنْ وُطِئَتْ، فَإِنَّ الزَّوْجَ قَدْ مَاتَ وَهِي تَدَّعِي بُطْلاَنَ أَصْلِ النِّكَاحِ، وَالنَّصُّ هُوَ الأَوَّلُ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: التفريعُ: للخلافِ المذْكُورِ فُروعٌ كثيرةٌ تتشعَّب عن التصرُّفاتِ السَّابِقَةِ علَى الإِقْرَارِ، وفِي الكتابِ فرعٌ وَاحِدٌ منها، وهُوَ النِّكَاح، فنشرحه ونضمُّ إليه ما تَيَسَّر، فإذا سَبَقَ النِّكَاحُ الإِقْرَارَ، نُظِرَ في اللَّقِيطِ، أهو أنثى أم ذَكَرٌ، إنْ كان أُنْثَىٰ، فَزَوَّجَهَا الحاكِمُ على الحرِّيَّةِ، ثم أقرَّتْ بالرِّقِّ ـ وهذا الطريقُ هو الذي أورده في الكتَاب ـ فإنْ قلْنا بقَبُول الإقْرَار مطلقاً، فَقَدْ تَبَيَّن أَنَّ هذه جَارِيةٌ نُكِحَتْ بغَيْرِ إذْنِ سَيِّدها، فالنِّكَاحُ فَاسِدٌ، ولا شَيْءَ على الزَّوْجِ، إنْ لَمْ يدْخُل بِهَا، وإنْ دخَلَ، فَعَلَيْه مَهْرُ المِثْلِ لِلْمُقَرِّ لَهُ، فإنْ كَانَ قد سَلَّمَ إِلَيْهَا المَهْرَ، استرَدَّه، إن كان باقياً، وإلاَّ رجع عَلَيْهَا بعْد العِتْقِ، والأولادُ منها أحرارٌ؛ لمظنة الحريَّةِ، وعلى الزوج قيمتُهم للمُقَرِّ لَهُ، ويرجع عليها بالقِيمة، إن كانَتْ هِيَ الَّتي غَرَّتْهُ، وفي الرجوع بالمهرِ قَوْلانِ:

وأظهرُ الوجْهَيْنِ، وبهِ قَطَعَ الشَّيْخُ أبو محمدٍ: وأنَّها تَعْتَدُّ بقُرْءَيْنِ؛ لأنَّ عِدَّةَ الأَمَةِ بَعْدَ ارتفاع النِّكَاحِ الصَّحِيح قُرْءَانِ

ونِكَاحُ الشُّبْهَةِ في المحرمات كالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ، وهَٰذا ما أَوْرَدَهُ ابْنُ الصَّبَّاغِ، والشَّيْخُ أبو إِسْحَاقَ الشِّيرَازِيُّ.

والثاني: أنَّه لا عِدَّةَ عَلَيْهَا؛ إذْ لا نكاحَ، ولَكِنَّهَا تَستَبْرِىءُ بِقُرْءٍ واحدٍ؛ لمَكَانِ الوَطْء وهذا ما يُوجَدُ في تَعْلِيقِ الشَّيْخِ أبي حامدٍ.

قال الإمامُ: ويجبُ طَرْدُ هَٰذَا التردُّدِ في كلِّ نِكَاحِ شُبْهَةٍ عَلَىٰ أَمَةٍ، وإنْ قُلْنَا: لا يُقْبَلُ الإِقْرَارُ فيما يَضُرُّ بالغَيْرِ، فالكَلاَمُ في نكاحِهَا في أُمُورٍ:

أحدها: لا نَحْكُمُ بانْفِسَاخِ النِّكاحِ، بلْ نطْرُدُه كمَا كَانَ.

قال الإمامُ: سَواءٌ فَرَقْنَا بَيْنَ المَاضِي والمُسْتَقْبَلِ أَوْ لَمْ نَفْرِقْ، فكأنَّا نجعل النِّكَاحُ فِي حُكْمِ المستوفي المقْبُوضِ فِيمَا تَقَدَّمَ، وَعلَى هذه القاعِدَةِ؛ بيَّنَّا أنَّ الحُرَّ، إِذَا وَجَدَ الطَّوْلَ بَعْدَ نكاح الأَمَةِ، لَمْ نَقْضِ بارْتفاعِ النِّكَاحِ بَيْنَهُمَا، وَاسْتَدْرَكَ القَاضِي ابنُ كجٍ، فَقَالَ: إن كَانَ الزَّوْجُ مِمَّا لا يَجُوزُ لَهُ نكَاحُ الإِمَاءِ، فيُحْكم بانْفِسَاخِ النِّكاح؛ لأنَّ الأَوْلاَدَ الذينَ تلدُهُمْ في المُسْتَقبَلِ أَرِقَّاءُ عَلَى مَا سَيأْتِي، فَلَيْسَ لَهُ الثباتَ علَيْهِ، وهذا حسنُ، لكن صَرَّحَ ابْنُ الصبَّاغ بخِلاَفِهِ[1].

ثم أطلقَ الأَصْحَابُ أنَّ للزَّوْجِ الخيارَ [في] فَسْخِ النِّكَاحِ، وقَدْ نَصَّ علَيْهِ في «المختصر» ووجَّهُوهُ بنُقْصَانِ حَقِّهِ لِحُكْمنا بالرِّقِّ في الحَالِ والمُسْتَقْبَلِ، وهوَ على ما ذَكَرَهَ الشَّيْخُ أبو عليٍّ مفروضٌ فما إِذَا نَكَحَهَا في الابْتَدَاءِ على أَنَّها حُرَّةٌ، فإنْ تَوَهَّمَ الحُرِّيَّةَ، ولم يجرِ شرطها، ففيهِ خِلاَفٌ، يُذْكَرُ في موضعه.

الثَّانِي: في المَهْرِ، ومَهْمَا ثَبَتَ للزَّوْجِ الخِيَارُ، فَفَسَخَ النِّكَاحَ قَبْلَ الدُّخُولِ، فلاَ شَيْءَ عَلَيْهِ، وإنْ كانَ بَعْدَ الدُّخولِ، فعَلَيْهِ أَقَلُّ الأَمْرَيْنِ من المسمَّىٰ أو مَهْرِ المِثْلِ [إن كان المسمَّىٰ أقلَّ، لم يُقْبَلْ إقرارُهَا في الزيادَة علَيْهِ، وإنْ كان مهْرُ المثلِ أقلَّ][2]، فالمُقَرُّ لَهُ لا يَدَّعِي أَكْثَرَ مِنْهُ، وإنْ أَجَازَ؟ قَالَ: «في «التهذيب»»: عَلَيْهِ المسَمَّىٰ، فإنْ طَلَّقَها بَعْدَ الإجازَةَ وقبْل الدُّخُول، فَعَلَيْهِ نصف المسمَّىٰ، وفيه إشْكالٌ؛ لأنَّ زَعْمَ المُقَرِّ له فَسَادُ النِّكَاحِ، فإنْ لم يكُنْ دخولٌ، وَجَبَ ألاَّ يُطالب بشَيْءٍ، وقَدْ يُشْعِرُ بِهَذَا إِطْلاَقُ صاحبِ الكِتَابِ[3]، والمُسْتَحَقُّ للسيد أقلُّ الأَمْرَيْنِ، فإنَّه إِنَّما يَتَّضِحُ بتقديرِ الدُّخُولِ، فإنْ كَانَ الزَّوْجُ قَدْ دَفَعَ الصَّدَاقَ إِلَيْهَا، لم يُطَالِبْ بِهِ ثانياً.

---

(١) قال النووي: الأصح: أنه لا ينفسخ كما قال ابن الصباغ، كالحر إذا وجد الطَّول بعد نكاح الأمة. والله أعلم.
هذا الذي صححه هو الذي جزم به الجمهور منهم صاحب التقريب والقاضيان الماوردي والبندنيجي والمتولي وصاحب البيان وغيرهم؛ لأن شرط نكاح الأمة يعتبر ابتداء لا دواماً، ولعل ما قاله ابن كج مبنياً على مذهب المزني أن طريان اليسار على النكاح يبطله، لكن يبعد ذلك أنَّا لو اعتبرناه لكان قولها مفسداً لنكاحه.

(٢) سقط في: ز.

(٣) قال النووي: الراجح: أنه لا يلزمه شيء لما ذكره. والله أعلم.
قضية الاستشكال في الصورة الثانية أن يجري مثله في الصورة الأولى ـ أعني إذا كان بعد الدخول والمسمى أكثر؛ لأنه بزعمه أيضاً لا يستحقه.
وكلام المتولي مصرح بما رجحه المصنف فإنه قال ليس للسيد مطالبة بالمهر قبل الدخول يعني وإن لم يجد طلاق لزعمه أن النكاح فاسد، والزوج مقر لها بالمهر، وليست من أهل المطالبة.

الثالث: في الأولادِ منها، فالَّذِينَ حَصَلُوا قَبْلَ الإقْرارِ أحرارٌ، ولا يَجِبُ علَى الزَّوْجِ قِيمَتُهُمْ؛ لأنَّ قَوْلَهَا غيرُ مقبُولٍ في إلْزَامِهِ، أما الحادِثُونَ بَعْدَهُ فهم أرِقَّاءُ؛ لأنَّه وطئها علَىٰ عِلْمٍ بأنَّهَا أَمَةٌ[1].

قَالَ الإمَامُ: هذَا ظَاهِرٌ، إذَا قَبِلْنَا الإقْرَارَ فِيمَا يَضُرُّ بالغَيْرِ فِي المُسْتَقْبَلِ، أمَّا إذا لَمْ يُقْبَلْ فِيهِ مَاضِياً وَمُسْتَقْبلاً، فيُحْتَمَلُ أنْ يقال بحرِّيَّتِهِمْ؛ صيانَةً لَحَقِّ الزَّوْجِ، فإنَّ الأَوْلاَدَ مِنْ مقَاصِدِ النِّكَاحِ، كما أنَّا أَدَمْنَا النِّكاحَ، صيانةً لِحَقِّهِ في الوطءِ، وسَائِرِ المقاصِدِ، ويُحْتَمَلُ أنْ يُقَالَ بِرِقِّهِمْ، وهُوَا ظاهرُ ما أطْلَقَهُ الأَصْحَابُ؛ لأنَّ العُلُوقَ أمْرٌ مَوْهُومٌ، فلا يُجْعَلُ مستحقًّا بالنِّكاحِ بخلافِ الوطْءِ، وَتَرَدَّدُوا أيْضاً في أنَّا، إذَا أدَمْنَا النِّكاحَ نُسَلِّمُهَا إلى الزَّوْجِ تَسْلِيمَ الإمَاءِ أوْ تَسْلِيمَ الحَرَائِرِ، ولا نُبَالِي بِتَعْطِيلِ المَنَافِعِ على المُقَرِّ لَهُ، والظَّاهِرُ الثاني، وإلاَّ، لَعَظُمَ الضَّرَرُ علَى الزَّوْجِ، واختلَّتْ مقاصدُ النِّكَاحِ، ويخالفُ أَمْرَ الوَلَدِ؛ لما ذَكَرْنَا أنَّه موْهُومٌ، ويمكنُه الاحتجاجُ لِلاحتمَال الثَّانِي بقَوْلِ الشَّافعيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - في «المختصر»: «لا أُصَدِّقُهَا عَلَىٰ فَسَادِ النِّكَاحِ، وَلاَ عَلَىٰ مَا يَجِبُ عَلَيْهَا لِلزَّوْجِ».

الرابع: في العِدَّةِ:

أما عِدَّةُ الطَّلاقِ، فإنْ كَانَ رَجْعِيًّا، نُظِرَ؛ إنْ طَلَّقَهَا، ثم أقَرَّتْ، فَعَلَيْهَا ثلاثةُ أقراءٍ، ولَهُ الرَّجْعَةُ فيها جميعاً؛ لأنَّه قَد يَثْبُتُ ذلكَ بالطَّلاقِ، فَلَيْسَ لَهُ إسْقَاطٌ بالإقْرَارِ.

فإنْ أقَرَّتْ ثُمَّ طَلَّقَهَا فَوَجْهَانِ:

أصحُّهُمَا، وهُوَ الَّذِي أورده الأَكْثَرُون أنَّ الجَوَابَ كَذَلِكَ؛ لأن النِّكَاحَ أثْبَتَ له حَقَّ الرجعة في ثلاثةِ أقْرَاءٍ.

والثاني: أنَّهَا تعتدُّ بقرءين عدَّةَ الإمَاءِ؛ لأنَّه أمْرٌ متعلِّقٌ، بالمُسْتَقْبَلِ؛ فأَشْبَهَ إرقاق الأوْلاَدِ، وهذا أصحُّ عند أبي الفَرَجِ الزاز وحَكَاهُ عَنِ ابْنِ سُرَيْجٍ، فإنْ كَانَ الطَّلاقُ بائِناً، فأصحُّ الوجهين: أنَّ الحُكْمَ كَمَا فِي الطَّلاقِ الرَّجْعِيِّ؛ لأَنَّ العِدَّةَ فِيهِمَا لا تَخْتَلِفُ.

والثاني: أنَّها تَعْتَدُّ عدَّةَ الإمَاء على الطَّلاَقِ؛ لِأَنَّها مَحْكُومٌ برقها، ولَيْسَ للزَّوْجِ غرَضُ المُرَاجَعَةِ، أمَّا عدَّةُ الوَفَاةِ، فإنَّهَا تتربَّصُ شَهْرَيْنِ وخَمْسَ لَيَالٍ عدَّةَ الإماء، نَصَّ عَلَيْهِ، ولا فَرْقَ بَيْن أنْ تُقِرَّ قَبْلَ مَوْتِ الزَّوْجِ أو بَعْدَهُ في العِدَّةِ.

والفرقُ بين عِدَّةِ الوفاةِ وَعِدَّةِ الطَّلاقِ أنَّ عِدَّةَ الطَّلاَقِ حقُّ الزَّوْجِ، وإنَّمَا وَجَبَتْ؛ صِيانَةً لمائةً؛ ألا تَرَىٰ أنَّها لا تَجِبُ قَبْلَ الدُّخُولِ، وعدَّةُ الوَفَاةِ حقُّ اللَّهِ تَعَالَىٰ؛ فقبُولُ

---

(١) قد توهم أن المراد بالحصول وجودهم وليس كذلك.

قَوْلِهَا في انتقاضِ عِدَّةِ الوَفَاةِ لا يُلْحِقُ ضرراً بالغَيْرِ، وفيه وجهٌ. أنَّها يَجِبُ عَلَيْهَا عِدَّةُ الوَفَاةِ[١] أصلاً؛ لأنَّها تَزْعُمُ بُطْلاَنَ النِّكَاحِ مِنْ أَصْلِهِ، وقَدْ مَاتَ الزَّوْجُ، فَلاَ مَعْنَىٰ لمراعَاةِ جانِبِهِ بخلافِ عِدَّةِ الطَّلاقِ، فَعَلَىٰ هَذا، فَإِنْ جَرَىٰ دُخُولٌ، فَعَلَيْهَا الاسْتِبْرَاءُ.

قَالَ الإِمَامُ: والقَوْلُ في أنَّه بقُرْءٍ واحِدٍ أو قرءين علَىٰ مَا سَبَقَ في التفْريع على القَوْلِ الأوَّلِ، فإِنْ لَمْ يَجْرِ، فَلَهُ احْتِمَالاَنِ:

أَحَدُهُمَا: أنَّها تستبرىءُ بقُرْءٍ، كما إذا اشتريتَ من امرَأة أو مجبوب.

والثاني: أنه لا استبراءَ أصْلاً؛ لأنَّا كُنَّا نَحْكُمُ بالنِّكَاحِ لِحَقِّ الزَّوْجِ، قدِ انْقَطَعَتْ حُقُوقُهُ، وَهِيَ والمُقَرُّ لَهُ يَقُولاَنِ: لاَ نِكَاحَ وَلاَ دُخُولَ، فَهم الاستبراءُ، إِنْ وُطِئَتْ، ولْيُعْلَم قولَه «فَعَلَيْهَا ثَلاثَةُ أَقْرَاءٍ» بالواو.

والثاني: هُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ صَاحِبُ الكِتَابِ؛ حيثُ قَالَ: وقِيلَ: إنَّه لا يَلْزَمُهَا الاسْتِبْرَاءُ، إِنْ وُطِئَتْ، ولْيُعْلَمْ قولَهُ «فَعَلَيْهَا ثَلاثَةُ أَقْرَاءٍ» بالواو؛ لمَا قَدَّمْنَا، هذا تَمَامُ الكَلاَمِ في هذا الطَّرِيقِ.

أَمَّا إذَا كانَ اللَّقِيطُ ذَكَراً، فَبَلَغَ وَنَكَحَ، ثُمَّ أَقَرَّ بالرِّقِّ، فإِنْ قَبِلْنَا إقْرَارَهُ مُطْلقاً، فنكاحُهُ فَاسِدٌ؛ لأنَّه عبْدٌ نَكَحَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ، فَيُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا، ولا مَهْرَ عَلَيْهِ إِنْ لَمْ يَجْرِ دُخُولٌ.

وإِنْ كَانَ قَد دَخَلَ بها، فعلَيْهِ مهرُ المِثْلِ، كذلكَ جَوَابُ الأكْثَرِينَ، والَّذِي أَوْرَدَهُ في «المهذَّب»، وأبْدَاهُ الإِمَامُ احتِمَالاً أنَّ عَلَيْهِ الأَقَلَّ من مَهْرِ المِثْلِ أَوِ المسمَّىٰ؛ لأنَّه، إنْ كانَ المسمَّىٰ أقلَّ، فهِيَ لاَ تَدَّعِيَ الزيادَةَ، ثمَّ متعلَّقُ الواجِبُ ذِمَّتَهُ أَوْ رقبته؟ فيه قولاَن:

أصحُّهما: الأول، وإنْ قَبِلْنَا إقْرَارَهُ فيما يَضُرُّ بِهِ دُونَ ما يَضُرُّ بغَيْرِهِ، حَكَمْنَا بانْفِسَاخِ النِّكَاحِ، ولَمْ نَقْبَلْ قولَهُ فِي المَهْرِ، فعَلَيْهِ نصْفُ المُسَمَّىٰ، إنْ لَمْ يَدْخُلْ بها، وجَمِيعُهُ، إنْ دَخَلَ، ويُؤَدِّي ذَلِكَ ممَّا في يَدِهِ أو مِنْ كَسْبِهِ في الحالِ أو المُسْتَقْبَلِ، فإنْ لم يوجد، فهو في ذِمَّتِهِ إلَىٰ أنْ يَعْتِقَ.

ومن فُرُوعِ القَوْلَيْنِ: إذَا كَانَتْ عَلَيْه دُيُونٌ وقْتَ الإقْرار بالرِّقِّ، وفي يَدِهِ أمْوالٌ، فإنْ قَبِلنَا إقرارَهُ مُطْلقاً، فالأموالُ يُسَلَّم لِلمُقَرِّ لَهُ، والديونُ في ذِمَّتِهِ.

وإن قَبْلنَاه فيما يَضُرُّ به دُونَ ما يَضُرُّ بغيرِهِ، قَضَيْنَا الدُّيونَ ممَّا في يدِه، فَإِنْ فَضَلَ من المالِ شَيْءٌ فَهُوَ لِلمُقَرِّ لَهُ، وإنْ بَقِيَ مِنَ الدُّيُونِ شَيْءٌ، فهو في ذِمَّتِهِ حتَّى يَعْتِقَ.

ومنها: إذَا بَاعَ أو اشْتَرَىٰ بَعْدَ البُلُوغِ ثم أَقَرَّ بالرِّقِّ، فإنْ قَبِلْنَا الإقْرَارَ مُطْلقاً فالبَيْعُ

---

(١) سقط من: د.

والشِّراءُ باطلانَ، وإن كَانَ مَا بَاعَهُ باقياً في يَدِ المُشْتَرِي، أَخَذَهُ المُقَرُّ له، وإلاَّ، طَالَبَهُ بقيمته والثَّمَنِ، وإنْ أخذه المُقرُّ واستَهلكه، فهو في ذمَّته، يُتْبِع به بعد العِتْقِ، وإنْ كانَ باقياً، رُدَّهُ مَا اشتَرَاهُ، إنْ كانَ بَاقِياً في يَدِهِ، رُدَّه إلَىٰ بَائِعِهِ، وإلاَّ استُرِدَّ الثَّمَنُ من البائِعِ، وحَقُّ البائع يتعلَّقُ بِذِمَّتِهِ، وإنْ قلْنا بالقول الآخَرِ، لَمْ نَحْكُم ببطلانهما لحقِّ العَاقِدِ الثاني، ثمَّ ما باعه، إنْ لَمْ يَسْتَوْفِ ثَمَنَهُ، استوفَاه المُقَرُّ لَهُ، وإنْ كَانَ قد استوْفَاهُ، لم يُطَالِبِ المشتَرِي ثَانِياً، وما اشْتَرَاهُ، إنْ كَانَ قَدْ وَفَى ثَمَنَهُ، فَقَدْ تَمَّ العَقدُ، والبَيْعُ للمُقَرِّ لَهُ، وإنْ لَمْ يُوَفِّ، فإنْ كَانَ في يَدِهِ مَالٌ، حِينَ أَقَرَّ بالرِّقِّ، وَفِي الثَّمَنِ مِنْهُ، وإنْ لم يكنْ، فهو كإفلاس المشتري، حتَّى يَرْجِع البائعُ إلَىٰ عَيْنِ حالِهِ، إنْ كان باقِياً، وإنْ لم يَكُنْ، فهو في ذمَّةِ المُقِرِّ حتَّى يَعْتِقَ، كما أنَّه إذا أَفْلَسَ المُشْتَرِي، والمَبِيعُ هالِكٌ يكونُ الثَّمَنُ في ذِمَّتِهِ، [و] يُطَالَبُ بِهِ، بعد اليَسَارِ.

ومِنْها: جنَىٰ على إنْسانٍ، ثم أَقَرَّ بالرِّقِّ، فإن كانت الجنايةُ عَمْداً، فعليه القصاصُ، سواءٌ كان المَجْنِيُّ عَلَيْهِ حُرّاً أو عبداً.

أما إذَا قَبِلْنا إقراره مطلقاً، فظاهرٌ، وأمَّا إذَا قبلناه فيما يَضُرُّ بِهِ دُونَ ما يَضُرُّ بِغَيْرِهِ، فإنْ كَانَ المَجْنِيُّ عَلَيْهِ حُرًّا، فلا فَضِيلَةَ للجَانِي، وإنْ كَانَ عَبْداً، ألْزَمْنَاهُ القِصَاصَ؛ لأنَّه يضُرُّهُ، فإنْ كَانَتِ الجِنَايَةُ خَطَأً، فإنْ كَانَ في يَدِهِ مَالٌ أُخِذَ الأَرْشُ منه، كذلك ذَكَرَه صاحِبُ «التهذيب» لكنَّهُ علَىٰ خلافِ قياسِ القَوْلَيْنِ؛ لأنَّ الأَرْشَ الخَطَأَ لا يتعلَّقُ بما في يَدِ الجانِي، حُرًّا كانَ أو عَبْداً[1]، وإنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ مَالٌ، تَعلَّقَ الأَرْشُ برقبته علَى القَوْلَيْنِ.

وقال القَاضِي أبو الطَّيِّبِ: إنْ قُلْنَا بالقَوْلِ الثَّانِي، يَكُونُ الأَرْشُ في بيتِ المالِ، وأُجِيبَ عَنه، بأنا على القولِ الثَّانِي إنَّما لا نَقْبَلُ إقْرَارَهُ فيما يَضُرُّ بالغَيْرِ، وتعلُّقُه بالرَّقَبَةِ لا يضرُّ المَجْنِيَّ عَلَيْه، بل يَنْفَعُهُ، وله أنْ يَمْنَعَ ذَلِكَ؛ بأنَّ قَطْعَ التعلُّقِ عَنْ بيتِ المال إضرارٌ، فلو زاد الأَرْشُ عَلَىٰ قِيمة الرقبة، فالزيادةُ في بَيْتِ المالِ عَلَى القَوْلِ الثَّانِي لا محالة[2].

ومنها: جَنَىٰ عَلَيْهِ بِأَنْ قَطَعَ طَرَفَه، ثم أَقَرَّ بالرِّقِّ، فإنْ كانَتِ الجناية عَمْداً، والجاني عَبْداً، اُقْتُصَّ مِنْهُ، وإنْ كانَ حُرًّا، لم يَقْتَصَّ؛ لأنَّ قولَهُ مقْبُولٌ فِيمَا يَضُرُّ بِهِ، ويكُونُ الحُكْمُ كما لَو كَانَ خَطَأً، وإنْ كَانَتْ خَطَأً، فإنْ قبلنا إقْرارهُ مُطْلَقاً، فعلَى الجَانِي

---

(١) يعني لأن الجناية إذا كانت خطأً، فلا تعلق لهما بما في يد اللقيط؛ لأنه إن كان حراً، فالأرش في بيت المال أو على عاقلته، وإن كان عبداً، ففي رقبته لا فيما في يده.

(٢) وفي الحاوي أنها في ذمته.

كَمَالُ قِيمَتِهِ، إنْ صَارَتْ قَتْلاً وإلاَّ فما تَقْتَضِيهِ جِرَاحَةُ العَبْدِ، وإنْ قَبِلْنَا إقْرَارَهُ فيما يَضُرُّ بِهِ دُونَ مَا يَضُرُّ بغَيْرِهِ، وَكَانَتِ الجنَايَةُ قَطْعَ يد، فإن كانَ نصْفُ القيمةِ نِصْفَ الدِّيةِ، أو كَانَ نصْفُ القيمةِ أَقَلَّ، فَهُوَ الوَاجِبُ، وإنْ كانَ نصفُ الدية أَقَلَّ، فوَجْهَانِ حكَاهُمَا الإِمَامُ:

أحدُهُما: أن نُوجِبُ نِصْفَ القيمة[١]، ونغلظ عَلَى الجَانِي؛ لِأَنَّ أَرْشَ الجِنَايَةِ يتبيَّنُ مِقْدَارُهُ بالآخِرَةِ، وقَدْ بَانَ رِقُّهُ، فلَوْ نَقَصْنَا مِنْ نِصْفِ القيمَةِ لتضَرَّرَ السَّيِّدُ.

وَأَصَحُّهُما: أنّه لا يَجِبُ إلاَّ نِصْفُ الدِّيَةِ؛ لأنَّ قَبُولَ قَوْلِهِ في الزِّيادةِ إضرارٌ بالجانِي، ونحْنُ نفرعُ علَىٰ أنَّ قولَهُ لا يُقْبَلُ فِيمَا يَضُرُّ بالغَيْر، وعلى هَذَا؛ فالواجب أقلُّ الأمْرَيْن من نصْفِ الدِّيةِ أو نِصْفِ القِيمَةِ، وهذا كله تفريعٌ على تعلُّقِ الديَةِ بقَتْلِ اللَّقِيطِ، وفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ أسلفناه، وهو أنَّ الوَاجِبَ الأَقَلُّ من الديَةِ أو القيمةِ، وذلك الوجْهُ مُطَّردٌ في الطرف من غير أن يُقَرَّ بالقيمةِ.

وممَّا يتفرعُ عن هذَا الخلافِ في قَبولِ أصلِ الإقْرارِ، لو ادَّعَى مدَّعٍ رقَّهُ، فأنكَرَهُ، ولا بَيِّنة للمُدَّعِي. فإنْ قُلْنَا بقَبُولِ الإقرَارِ، فَلَهُ تحلِيفُه؛ رجاءَ أنْ يُقِرَّ، وإنْ منعنَاه، لم يَكنْ لَهُ تحليفُهُ؛ لأنَّ التَّحلِيفِ لِطَلَبِ الإقرَارِ، وإقرَارُهُ غيرُ مقبولٍ، هذَا إذا جعلْنَا اليمين المردودة مع النُّكولِ كإقرارِ المُدَّعى عَلَيه، فإنْ جَعَلْنَاها كالبيِّنَةِ، فلهُ التحليفُ، لعله ينكُلُ فيحلِف المدَّعِي ويستحقُ كما لو أقامَ البيِّنة.

واعلَمْ أنَّه لا فرقَ في جميعِ ما ذَكَرْنَاهُ: بين أنْ يُقرَّ بالرِّقِّ ابتداءً، وبَيْنَ أن يدَّعِيَ رقَّهُ؛ فيصدُقُ المدَّعِي، ولو ادَّعَى إنسانٌ رقَّهُ، فأنْكَرَ ثمَّ أقرَّ [لهُ] فَفِي قَبولِهِ وجْهانِ؛ لأنَّه بالأنكار لزمه[٢] أحكامَ الإقرار والله أعلم.

قال الغَزَالِيُّ: (فَرْعٌ): **لَوْ قَذَفَ لَقِيطاً بَالِغَا وَادَّعَى القَاذِفُ رِقَّهُ وأَنْكَرَ فالأَصْلُ الحُرِّيَّةُ، وَالأَصْلُ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ عَنِ الحَدِّ، فَالقَوْلُ قَوْلُ مَنْ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ (و) لِتَقَابُلِ الأَصْلَيْنِ، وَلَوْ قَطَعَ حُرٌّ طَرَفَهُ وَجَرَىٰ النِّزَاعُ فَعَلَى القَوْلَيْنِ، وَقِيلَ: يَجِبُ القِصَاصُ قَطْعاً لِأَنَّ القِيمَةَ أَيْضاً لَوْ عَدَلْنَا إِلَيْهَا فَمَشْكُوكٌ فِيهَا، وَالتَّعْزِيرُ الَّذِي يُعْدَلُ عَنِ الحَدِّ إِلَيْهِ مُسْتَيْقَنٌ بِكُلِّ حَالٍ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَذَفَ لقِيطاً صغيراً عُزِّرَ، [و] إنْ كانَ بالغاً حُدَّ؛ إنِ اعْتَرَفَ

---

(١) قول: «فإن لم يزد نصف القيمة على نصف الدية، فالواجب نصف القيمة» مقبول فيما يضره. ومراد الرافعي بالواجب هو نصف الدية، وهو غلط.

(٢) قال النووي: ينبغي أن يفصل، فإن قال: لست بعبد، لم يقبل إقراره بعده، وإن قال: لست بعبد لك، فالأصح القبول، إذ لا يلزم من هذه الصيغة الحرية.

بحريَّتِهِ، فإن ادَّعَى رِقَّهُ، وقَالَ المقذوفُ: بلْ أَنَا حرٌّ فقولاَنِ:

أصحُهُمَا عَلَى مَا ذَكَرَ[هُ] الشيخُ أبو عَليٍّ: إنَّ المُصَدَّقَ المقذُوفَ؛ لأنَّ الأَصْلَ الحريةُ، فيُحَدُّ القاذِفُ، إلاَّ أنْ يُقِيمَ بيِّنَةً على الرِّقِ، وَهٰذَا هُوَ اختيارُ المُزَنِيُّ.

والثَّانِي: أنَّ المُصَدَّقَ القاذِفُ؛ لأنَّه يحتملُ أنْ يكونَ رقيقاً، والأصلُ براءَةُ الذمَّةِ عن الحدودِ.

وقَطَعَ بَعضُهُم بالقولِ الأوَّلِ، لأنَّه محكومٌ بحريَّتِهِ بظاهِرِ الدارِ، وحُمِلَ الثَّانِي على مجهولٍ لمْ تُعْرَفْ حُرِيَّتُه بالدارِ، فيجوزُ أنْ يُعَلَم لذلك قولُهُ «قولانِ» بالواو، والمشهورُ طريقةُ القولَين، ويُنْسَبُ الثَّانِي إلى نصِّهِ في اللِّعان، والأولُ إلى نصِّهِ في هٰذَا البابِ لكنَّهما جميعاً مَذكُوران هاهنا في «المختصر»، وعلى هذا فلَوْ قَطَعَ حرٌّ طرفَه، وادَّعَىٰ رِقَّه وقال المقطوعُ: بلْ أنا حرٌّ، فطريقان:

أحدُهُما: إجراءُ القولَينِ؛ تَخريجاً لقولِ المنعِ بِما ذُكِر فِي القَذْفِ، والآخَرُ منصوصٌ.

والثَّاني: القطعُ بالوجوبِ، وقد سبق ذكرِ الطريقين في الحكم الثاني من أحكام اللقِيطِ، وفرَّقَ أصحابُ الطَّريقِ الثَّاني بفرقين:

أحدُهُمَا: أنَّ المقصودَ من الحدِّ الزجرُ، وفِي التَّعزِيرِ الَّذي يُعْدَلُ إليه من الحدِّ، ما يحملُ بعضَ هذا الغرض، والمقصود من القصاص التشفي والمقابلة، وليس في المال المعدول إليه ما يحصل هذا الغرض، ويجوزُ أنْ يُمْنَعُ هذَا، ويُقَالُ: يَحصُلُ بالإضرار بعض غرضِ التَّشفِّي.

والثَّاني: وَهُوَ المذكورُ في الكتابِ، أنَّ التعزيرَ الَّذِي يُعْدَلُ إليه متيقن لأنَّه بعْضُ الحدِّ، فالعُدولُ إليه عُدولٌ من ظاهِرٍ أو مَشْكُوكٍ [إلى مُسْتَيْقَنٍ، وإنْ أَسْقَطْنا القِصَاصَ، عَدَلْنا إلى نصْفِ الدِّيَةِ أو القِيمَةِ، وذلِكَ مشكوكٌ] فيه؛ لأنَّ الحريَّةَ شرطُ وجوبِ الدِّيَةِ، والرِّقُّ شرطُ وجوب القيمةِ، فكان ذَلكَ عُدُولاً من ظاهِرٍ أو مشكُوكٍ فيهِ إلى مشكوكٍ فِيهْ. وعن الشيخِ أبي مُحمدٍ محاولةُ فرْقٍ ثالثٍ: وهو أنَّ حدُ القذفِ أقربُ سُقُوطاً بالشُبْهَةِ من القِصاصِ؛ فلذلك افترقَا.

وقولُهُ فِي الكتابِ «لأنَّ القيمةَ أيضاً لو عدَلنا إلَيْها»، مُقْتَضَاهُ العُدُولُ إلى القيمةِ، لو تركنا القِصَاصِ، وكذلِكَ ذَكَرَهُ بعضُهُم، ومُقْتَضَى كلام الأكثرين العُدُولُ إلى الدِّيَةِ، وسببُ الاختلافِ: الخلافُ الَّذِي يقدَّمُ في أنَّ الواجِبَ بقتَلِ اللقيطِ خطأً الدِّيَةُ أو الأقَلُّ من الدِّيَةِ والقيمةِ، والظَّاهِرُ وجوبُ الدِّيةِ إلا أنَّ غَرَضَ الفَرْقِ لا يختلِفُ، فإنَّ الشَّكَ في الرِّقِ والحُريَّةِ يوجِبُ الشَّكَ في القيمةِ والدِّيةِ؛ فكأنَّهم تساهَلُوا لذلِكَ ثُمَّ لا يُخفَى أنَّ في

قَطْعِ اليَدِ الواحدة يكونُ النَّظرُ إلى نِصْفِ الدِّيَةِ، ونصفِ القيمةِ، ولو قَذَفَ اللقيطُ شخصاً، واعْتَرَفَ بأنَّه حرٌّ، حُدَّ حَدَّ الأحرارِ، وإنْ ادَّعى أنَّه رَقِيقٌ، وصَدَّقَهُ المقذوفُ، حُدَّ حَدَّ العَبِيدِ، وإنْ كَذَّبَهُ، فقولاَن[١]: في أنْ يُحَدَّ حَدَّ العبيدِ، أو يُحَدَّ حَدَّ الأحرار.

فَبَنُوا الأوَّلَ على قَبُولِ إقرارِهِ مُطْلقاً، والثَّاني عَلى أنَّه إنما يَقْبَلُ فِيمَا يُضرُّ بغيرِهِ، لاَ فيما ينْفَعَهُ، ويجوزُ بناؤُهما على القولَينِ فيما إذا ادَّعى قاذفُ اللقيط رِقَّهُ، إنْ صدقناه صدَّقْنَا اللَّقِيطَ هَاهُنَا، وإلاَّ فَلاَ.

وفي «المُعْتَمدِ» وجهٌ آخرُ: وهو أنَّهُ إنْ أقَرَّ لِمُعَيَّنٍ قَبْلَ إقرارِهِ، وحُدَّ حَدَّ العبيدِ، وإنْ لَمْ يُعَيِّنْ حُدَّ حدَّ الأحرَارِ[٢]، واللَّهُ أعلمُ.

---

(١) قال ابن الرفعة: ويجوز أن يرتب هذا على ذاك فإن صدقناه ثم فهاهنا أولى، وإلا فوجهان؛ لأنا هناك إذا لم نجعل القول قول القاذف فوجب التعزير، وقد يكون بغير الضرب، وهنا إذا صدقها اللقيط الواجب بعض الحد إلا أن يجعل التعزير بالقذف إلا بالضرب كما اقتضاه كلامهم.

(٢) وهذا حكاه الماوردي، ومنه أخذه صاحب المعتمد وجعل الماوردي الخلاف إذا قلنا إنه حد في الظاهر، فإن قلنا: مجهول الأصل فالقول عليه، وليس عليه إلا حد العبيد قطعاً، ولو كان أقر بالرق قبل القذف ففي ابن داود أنه يحد حد العبيد.

كِتَابُ الفَرَائِضِ[1]، وَفِيهِ فُصُولٌ

قال الغَزَالِيُّ: (الفَصْلُ الأَوَّلُ فِي بَيَانِ الوَرَثَةِ) وَالتَّوْرِيثُ إِمَّا بِسَبَبٍ أَوْ نَسَبٍ،

---

(١) الإنسان مدني بطبعه محتاج في تحصيل ما به قوام إلى معاونة بني جنسه. فلا يمكنه أن يستقل بجميع حاجاته. فمعايش الناس مرتبطة ومصالحهم مشتركة. هذا وقد أشربت قلوبهم حب الاستثمار بالمال ليحظى كل بالهيمنة في هذه الحياة ويكون هو المخصوص بالرفاهية والجاه. لذلك ترى الناس قد تغالوا في وسائل الحصول عليه. وانهمكوا في الوصول إليه غير مبالين بالمخاطرة. ولو أفضى ذلك إلى سفك الدماء مجاهرة. فلو ترك الله الناس وشأنهم مع ما جبلوا عليه من الأسرة ولم يرسل إليهم هادياً يخرجهم من الظلمات إلى النور لسادت الفوضى وعم البلاء وملأ الشقاء الفضاء.

«لا تصلح الناس فوضى لا سراة لهم ... ولا سراة إذا جهالهم سادوا»

فلهذا.. اقتضت الحكمة الإلهية إرسال الرسل هادين إلى طريق السداد. سالكين بالأمم سبل الرشاد. يوضحون السبل. وينهجون بالناس أعدل الطرق ـ بقانون سماوي تستنير به البصائر. ويهتدي به من ظلمات الجهالات كل حائر فهو المنهاج القويم والصراط المستقيم.

وقد خصنا الله سبحانه وتعالى بأول درة أضاءت من الكنز المخفي في ظلمة عماء القدم فأبصرتها عين الوجود. وعلة إيجاد كل درة برأتها بيد الحكيم إذ ترددت في هذه العدم فعادت ترفل بأردية كرم وجود سيد العرب والعجم سيدنا محمد صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وخصه بكتاب لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد.

فإن نزع العادة على النفس دفعة واحدة أشق فأوجب عليهم أولاً الوصية للأقربين قال تعالى: ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت أن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين﴾... الآية من غير تعيين ولا توقيت بل فوض الأمر إليهم في التخصيص لتطمئن نفوسهم وتنكسر سورة غضبهم فيخصص كل منهم حسبما يرى من المصلحة... فمنهم من ينصره أحد أخويه دون الآخر ومنهم من ينصره والده دون ولده وعلى هذا القياس.

وكان إذا ظهر من موص جور في التخصيص جاز للقضاة أن يصلحوا وصيته ويغيروا فيها واستمر الحكم على ذلك مدة.

ولما ظهرت أنوار الإسلام وانبعثت في الآفاق ورسخ في قلوبهم انتقل سبحانه وتعالى بهم إلى ما هو أضمن لمصالحهم وأحفظ لمودتهم فلم يجعل الخيرة لهم ولا إلى القضاة من بعدهم بل جعله على المظان الغالبية في علمه من عادات العرب والعجم وغيرهم مما هو كالأمر الجبلي ومخالفه =

. . . .

= كالشاذ النادر فقال تعالى:
﴿يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين﴾. . . الآيات.
وقال تعالى: ﴿لا تدرون أيهم أقرب لكم نفعاً﴾.
فنبه سبحانه بافتتاحه الآيات بلفظ الوصية على وجوب استئصال ما كانوا عليه واجتناب بذوره من أصله. وجعل للصغار مع الكبار نصيباً. وكذا للإناث مع الذكور. ولا غرو أن كان هذا الحكم مما تحار العقول في حسن ما انطوى عليه من الحكم البالغة فسوى بين الصغير والكبير لأن الصغير إلى المال والإعانة أحوج. ونظر إلى الإناث بضعفهن وترغيباً في نكاحهن. غير أن حكمته اقتضت امتياز الذكر على الأنثى بجعل نصيبه ضعف نصيبها. لأن الذكر ذو حاجتين. حاجة لنفسه وحاجة لعياله والأنثى ذات حاجة واحدة. وأيضاً فإن الرجل أكمل حالاً من المرأة في الخلقة. وفي المناصب الدينية مثل صلاحية القضاء دونها والأمامة، وشهادتها فيما تقبل فيه على النصف من شهادة الرجل فلذلك استحق أن يكون نصيبه، في الميراث أكثر.
أضف إلى ذلك قلة عقلها وكثرة شهوتها مما إذا انضم إليه المال الكثير عظم الفساد.
قال تعالى: ﴿إن الإنسان ليطغى أن رآه استغنى﴾.
وقال الشاعر:
«إن الشباب والفراغ والجده ... مفسدة للمرء أي مفسده»
أما الرجل فلكمال عقله يصرف المال فيما يفيده المدح الجميل في الدنيا والثواب الجزيل في الآخرة، كبناء الرباطات وإغاثة الملهوفين والنفقة على الأرامل والأيتام. وذلك لأنه يخالط الناس كثيراً. أما المرأة فلقلة اختلاطها لا تقدر على ذلك غالباً.
وعلى الجملة فالتوارث يدور على معان ثلاثة.
أولها: القيام مقام الميت في شرفه ومنصبه وما هو من هذا الباب.
ثانيها: الرفق والحدب عليه والخدمة والمواساة.
ثالثها: القرابة المتضمنة هذين المعنيين معاً.
أما المعنى الأول فمظنة من يدخل في عمود النسب كالأب والجد والابن وابن الابن والأخوة ومن في معناهم ممن هم كالعضد ومن قوم المرء وأهل نسبه وشرفه.
وأما المعنى الثاني فمظنة ذات القرابة القريبة والأحق به الأم والبنت ومن في معناهما ممن يدخل في عمود النسب وكذلك الأخت. ويوجد معنى الرفق والحدب في النساء كاملاً.
وأما الثالث فمظنة على وجه الكمال من يدخل في عمود النسب كالأب والجد والابن وابن الابن فهؤلاء أحق الورثة بالميراث. فلذلك يفضل هذا النوع على الأوليين قبله. لأن الناس جميعاً عربهم وعجمهم يرون إخراج منصب الرجل وثروته من قوم إلى قوم آخرين جوراً وظلماً.
هذا ولا يضر تحقيق معنيين من المعاني الثلاثة السابقة في شخص واحد أو تحققها كلها فيه فإن ترتيبها على هذا الوجه لبيان من توفر فيه المعنى بوجه الكمال وكما أن الأب يقوم مقام الابن في الشرق وغيره كذلك الابن يقوم مقام أبيه ـ إلا أن قيام الابن مقام أبيه هو الوضع الطبيعي الذي عليه بناء العالم من انقراض قرن وقيام القرن الثاني مقامه.
فهو الذي يرجونه ويتوقعونه ولو أن الرجل خير في ماله لكانت مواساة ولده أملك لقلبه من=

وَالسَّبَبُ إِمَّا عَامٌّ كَجِهَةِ الإِسْلاَمِ (ح و) فِي صَرْفِ المِيرَاثِ إِلَىٰ بَيْتِ المَالِ، وَإِمَّا خَاصٌّ كَالإِعْتَاقِ، وَلاَ يُوَرِّثُ بِهِ إِلاَّ بِالْعُصُوبَةِ، أَوْ كَالنِّكَاحِ وَلاَ يُورِّثُ بِهِ إِلاَّ بِالْفَرِيضَةِ، وَأَمَّا النَّسَبُ فَالقَرَابَةُ.

= مواساة والده فلذلك جاءت الشريعة الغراء بتفضيل الأبناء على الآباء. وأيضاً فإن الوالدين ما بقي من عمرهما إلا القليل غالباً فكان احتياجهما إلى المال قليلاً. أما الأولاد فهم في زمن الصبا فكان احتياجهم إلى المال كثيراً. . . هذا وليس تفضيل الذكور على الإناث للمعنى السابق مطرداً بل يستثنى الأخوة لأم فإن نصيبي الذكر والأنثى منهم متساويان كما أنه لا يزاد نصيبهم وإن كثروا على الثلث عند التعدد. لأن الرجال منهم قلّ أن يقوموا بحماية البيضة والذب عن الذمار. ولا يتحقق فيهم معنى القيام مقام أخيهم من أمهم في المنصب والشرف كاملاً. فقد يكون الرجل من عائلة وأخوة لأمه من عائلة أخرى. وقد تقوم خصومة بين العائلتين فينصر كلا الأخوين عائلته على الأخرى. ولا يرى الناس قيامه مقام أخيه عدلاً ولائقاً لأنه من قوم آخرين.

وأيضاً فإن قرابتهم متشعبة من الأم فكأنهم جميعاً أناث.

هذا، وإذا اجتمع جماعة من الورثة فإما أن يكونوا في مرتبة واحدة وإما أن يكونوا في منازل شتى. والثاني، إما أن يعمهم اسم واحد وجهة واحدة، أو تكون أسماؤهم وجهاتهم مختلفة.

فالقسم الأول ـ يجب أن يوزع عليهم لمساواتهم في المرتبة والدرجة فلا سبيل لتمييز واحد عن صاحبه ولا لاختصاص واحد دون الآخر بل هم في المعنى سواء.

وأما القسم الثاني ـ وهو ما إذا كانوا في منازل شتى وعمهم اسم واحد وجهة واحدة. فالأقرب منهم يحجب الأبعد حرماناً.

وذلك أن التوارث إنما شرع حثاً على التعاون وشد العرى المناصرة والمؤازرة. ولكل قرابة وتعاون كالرفق فيمن يعمهم اسم الأم والقيام مقام الأب فيمن يعمهم اسم الأب. والذب عنه فيمن يعمهم اسم العصوبة. ولا شك أنها في الأقرب أقوى فلذلك هو الذي يلام على تركه المؤازرة أشد اللوم. ولذا كان هو بالميراث أحق.

وأما القسم الثالث فالأقرب والأنفع فيما علمه الله يحجب الأبعد نقصاناً وإنما ورث الزوج زوجته وورثته هي أيضاً مع أنه لا يتحقق فيهما واحد من المعاني السابقة كاملاً كما لم تشملهما آية **﴿وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله﴾** بطريق إلحاقهما بذوي الأرحام الذين تحقق فيهم أحد تلك المعاني ـ لوجوه ـ

منها «أ» أن الزوجة ربما تلد من زوجها أولاداً هم من قوم الرجل لا محالة ومحل نسبه ومنصبه ومعلوم أن اتصال الولد بأمه لا ينقطع أبداً فمن هذه الوجهة تصير الزوجة بمنزلة ذوي الأرحام. فتستحق في الميراث الربع أو الثمن وأما الزوج فله ضعف نصيبها جرياً على القاعدة المتقدمة.

ولما أن الزوج له رابطة خاصة بالانفاق عليها واستبداء ماله عندها ولأنه يأمنها على ما يملك حتى يخيل من شدة العلاقة أن جميع ما تركته أو بعضه هو حقه في الواقع فكان إخراج المال من يده شاقاً على نفسه فعالج الشرع هذا الداء بأن فرض له الربع أو النصف ليكون جابر القلب كاسر السورة غضبه ـ وأيضاً فإن إلحاقهما بمن تقدم كان رأفة من الله ورحمة بعباده سبحانه هو الرؤوف الرحيم.

الفصل الأول

في بيان الورثة والتوريث

قَالَ الرَّافِعِيُّ: نَصدِّرُ الكِتَابَ بَعْدَ حَمْدِ اللَّهِ تَعَالَىٰ بفَوَاتِحَ:

الفَاتِحَةُ الأُولَىٰ: أَصْلُ الفرائِضِ في اللِّسَانِ الْحَزُّ، والقَطْعُ، وفُرْضةُ الْقَوْسِ، وفرضَتِها: الحَزُّ الَّذِي يقعُ فِيهِ الوَتَرُ، وفُرْضَةُ النَّهْرِ ثُلْمَتُه الَّتِي منهَا يُسْتَقَىٰ، والمِفْرَضُ: الحَدِيدَةُ الَّتي يُحَزُّ بِهَا، وفَرَضَ اللَّه تعالَىٰ، أي: أَوْجَبَ، وألزمَ، وأفْتَرَضَ مثلُهُ، وهوَ الفَرْضُ والفَرِيضَةُ. قال في الصِّحَاحِ[1]: والفَرْضُ العَطِيَّةُ الموسُومَةُ، يُقَالُ: مَا أَصَبْتُ منهُ فَرْضاً ولا قَرْضاً.

وفَرَضْتُ الرَّجُلَ وأفْرَضْهُ إذا: أَعْطَيْتُهُ، وفَرَضْتُ لَهُ في الدِّيوانِ، فقالَ العُلَمَاءُ: يُسمَّى العِلْمُ بقسمةِ المواريثِ «الفرائض» ـ فصاحِبُ هَٰذَا العِلْم الفَرْضِيُّ؛ لِمَا فيها مِنَ السِّهَامِ المُقَدَّرَةِ، والمَقَادِيرِ المُنْقطِعَةِ المُفَصَّلَةِ، ومنْهُ قولُهُ تَعَالَىٰ: ﴿نَصِيباً مَفْرُوضاً﴾ [النساء ١١٨] أي: مُقتَطَعاً محْدُوداً، وقُرِىءَ: ﴿أَنْزَلْنَاهَا وَفَرَضْنَاهَا﴾ [النور: ١] أيْ: فَصَّلْنَاهَا.

وفيمَا جُمِعَ منْ كَلام ابْنِ اللَّبَّان البَصْرِي وجْهُ آخَرُ، وهو أنَّ تسميه «الفرائِضَ» منَ الوُجُوبِ واللُّزوم، إلاَّ أنَّ الفَرْضَ بمعنى الإيجابِ والإلْزَام، مأْخُوذٌ من المَعْنَى الأوَّل، وهُوَ الاقتطاعُ؛ لِأَنَّ للفريضةِ معالِم وحُدُوداً مُقَدَّرَةً، وإنْ جَازَا ذَلِكَ، جاز أن يُقَال: إنَّها مأْخُوذَةٌ من معْنَى العَطِيّة؛ لأنَّ الاسْتِحْقَاقَ بالإرْثِ عطيَّةٌ من الشَّرع، لكنَّهُ يُشْبهُ أنْ يُقَالَ: استعمالُ هَٰذَا اللَّفْظِ في نَفْسِ الإعْطَاءِ مستعارٌ، وحقيقَتُهُ: قطْعُ شَيْءٍ من مالِ الدِّيوَانِ ونَحْوِهِ، ومنْهُ فَرَضَ له الحاكِمُ النفقةَ، وقولُهُ تَعالَىٰ: ﴿أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦] والله أعلم.

[الفاتحة][2] **الثانيةُ**: عن ابْنِ مَسْعُودٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أَنَّ النَّبيَ ﷺ قَالَ: «تَعَلَّمُوا الفَرَائِضَ، وعَلِّمُوهَا النَّاسَ، فَإِنِّي أمْرُؤٌ مَقْبُوضٌ، وَإِنَّ الْعِلْمَ سَيُقْبَضُ، وَتَظْهَرُ الفِتَنُ، حَتَّى يَخْتَلِفَ الاثْنَانِ فِي الْفَرِيضَةِ، فَلاَ يَجِدَانِ مَنْ يَفْصِلُ بَيْنَهُمَا»[3].

---

(١) ينظر الصحاح ٣/١٠٩٧.

(٢) سقط من ب.

(٣) رواه [أحمد من حديث أبي الأحوص عنه نحوه بتمامه، والنسائي والحاكم والدارمي والدارقطني كلهم، من رواية عوف عن سليمان بن جابر عن ابن مسعود، وفيه انقطاع، وفي الباب عن أبي بكرة أخرجه الطبراني في الأوسط في ترجمة علي بن سعيد الرازي، وعن أبي هريرة رواه الترمذي من طريق عوف عن شهر عنه، وهما مما يعلل به طريق ابن مسعود المذكورة، فإن الخلاف فيه على عوف الأعرابي، قال الترمذي: فيه اضطراب].

وعنْ أبي هريرَة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبيَّ ﷺ قَالَ: «تَعَلَّمُوا الفَرَائِضَ فَإِنَّهَا مِنْ دِينِكُمْ، وإنه نِصْفُ العِلْمِ، وإنه(١) أَوَّلُ مَا يُنْزَعُ مِنْ أُمَّتِي»(٢).

وَعَنْ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ قَالَ: «إِذَا تَحَدَّثْتُم فَتَحَدَّثُوا بِالْفَرَائِضِ، وَإِذَا لَهَوْتُمْ، فَالْهُوا بِالرَّمْيِ»(٣).

وحُمِلَ قَوْلُهُ: «نِصْفُ العِلْمِ، وأنه أول ما ينزع» على أنَّ للإنسانِ حَالَتي الحَيَاةِ والمَوْتِ، وفي الفَرائِضِ مُعْظَمُ الأَحْكَامِ المتعلقةَ بحالِ المَوْتِ.

[الفَائِدَةُ] الثالثة: كَانُوا في الجَاهِلِيَّة يُوَرِّثُونَ الرِّجَالَ دونَ النِّسَاءِ، ويجْعَلُونَ حَظَّ المرْأَةِ مِنَ الميراثِ أنْ يُنْفَقَ عَلَيْهَا من مَالِ [زوْجِها(٤) سنةً] ويقولُونَ الرِّجالُ هُمُ الَّذِينَ يتحمَّلُونَ المُؤَن، ويُقْرُونَ الأَضْيَاف، ويَلْقَوْنَ الحروب، وكانُوا لِمِثْلِ ذَلِكَ يُوَرِّثُونَ الكِبَارَ من الأَوْلادِ دُونَ الصِّغَارِ، وكانوا يُورِّثُونَ الأمَ وابْنَ الأخِ [وزَوْجَةَ الأَخ](٥) والعَمَّ كَرْهاً.

وَعَدَّ أَبو عَلِيٍّ الزجَّاجِيُّ والقاضي الرُّويَانيُّ [رحمهُمَا اللَّهُ تَعَالَىٰ] وكثيرٌ مِنَ الطبريَّةِ التوارثُ بالحَلِفِ والنُّصْرَةِ منْ وجُوهِ الإرْثِ في الجاهليَّة دونَ ما كانُوا علَيْهِ في ابتداءِ الإسْلاَم، والمشهور جريانُ التوارثُ به في ابتداء الإسْلاَم، وقَد حَملَ عَلَيْه قولُهُ تَعَالَىٰ: ﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾ [النساء: ٣٣] ثم نُسِخَ ذلكَ، فكَانُوا يتوارَثُونَ بالهِجرةِ والإسْلاَم، فلَوْ هَاجَرَ أحد القريبين المسلمينِ دُونَ الثَّانِي، لَمْ يتوارثا، وهُوَ المَعْنِيُّ بقولِهِ تَعَالَىٰ: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ﴾ [الأنفال: ٧٢] ثم نُسِخَ ذَلِكَ، وجُعِلَ الإرْثُ بالقرابة علَىٰ ما قَالَ تعالَىٰ: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ [الأنفال: ٧٥] ويُقَالُ: إِنَّهُ نُسِخَ بآية الوَصيَّةِ، وهِيَ قولُهُ تَعَالَىٰ: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ﴾ [البقرة: ١٨٠] الآية، وكانَتْ واجِبَةً للوالِدَيْنِ والأقْرَبِينَ.

وعنْ ابنِ سُرَيْجٍ: أنَّه كانَ يَجِبُ على المُحْتَضِرِ أنْ يوصي لكلِّ واحدٍ مِنَ الوَرَثَةِ بما في علْمِ اللَّهِ تَعَالَىٰ مِنَ الفرائضِ، وكانَ من يُوَفَّقُ لِذلِكَ مُصِيباً، ومن يَتَعَدَّاهُ مُخْطِئاً.

قَالَ الإمامُ: هذا زَلَلٌ، وَلاَ يَجُوزُ ثُبوتُ مِثْلِهِ في الشَّرائِعِ، فإنَّه تكليفٌ، علَى

---

(١) في ز: فإنها.

(٢) أخرجه ابن ماجة والحاكم والدارقطني، ومداره على حفص بن عمر بن أبي العطاف وهو متروك. قال الحافظ في التلخيص: قال ابن الصلاح: لفظ النصف هنا عبارة عن القسم الواحد وإن لم يتساويا وقال ابن عيينة: إنما قيل له نصف العلم لأنه يبتلى به الناس كلهم.

(٣) رواه الحاكم والبيهقي، ورواته ثقات إلا أنه منقطع كذا قاله الحافظ في التلخيص.

(٤) في ز: سنة زوجها. (٥) سقط في: د.

عَمايَةٍ، ثُمَّ نُسِخَ وجُوبُ الوصيَّةِ، ووَرَدَتْ آيَاتُ المَوَارِيثِ [على ما استقرَّ الشَّرْعُ علَيْهِ، وما عُدَّ من وُجوهِ التَّوَارُثِ](١) في ابْتِداءِ الإِسْلاَمِ التَّبَنِّي والمُؤَاخاة.

الفَاتحةُ الرَّابِعَةُ: الأَصْلُ في المواريثِ قولُهُ تَعَالَىٰ: ﴿**يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ**﴾ [النساء: ١١] الآية، والتي تليها، وآيَةُ الكَلالَةِ في آخِرِ السُّورَةِ، ولم تشتملْ الآياتُ الثلاثُ علَى جَمِيعِ قواعِدِ الفَرَائِضِ، لكن وَرَدَت السُّنَّةُ بأُصولٍ أُخرَىٰ، وتَكَلَّمَ أصحابُ رسُولِ اللَّهِ ﷺ فيما لم يجدوه منْصُوصاً عليه، وكَثُرَ اختلافُهُم فيه؛ لأنَّ مَسَائِلَ الفرائِضِ غَيْرُ مَبْنِيَّةٍ علَىٰ أُصُولٍ معقُولةٍ، فتعَلَّقُوا بالأَشْبَاهِ والأَمْثَالِ.

وحَكَى الإِمَامُ عَنِ العُلَمَاءِ بالفَرَائِضِ أنَّ صَحَابَةَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ تَحَزَّبُوا فَتَكَلَّمَ أربعةٌ منْهُمْ في جَمِيعِ أُصُولِهَا، وهُمْ عَلِيٌّ، وابْنُ مَسْعُودٍ، وزَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ، وابنُ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنهُمْ - وهَٰؤُلاءِ الأربعةُ، إذَا اتَّفَقُوا في مسألةٍ وَافَقَتْهُمُ الأُمَّةُ، وإذَا اختلَفُوا، اختلَفَتِ الأُمَّةُ، ولم يَتَّفِقْ في مَوَاضِعِ اخْتِلاَفِهِمْ ذَهَابُ اثْنَيْنِ مِنْهُمْ إِلَىٰ مَذْهَبٍ وذَهَابُ الآخَرَيْنِ إِلَىٰ خِلاَفِهِ، ولكنْ حَيْثُ اختَلَفُوا، وقَعُوا آحَاداً، وذهَبَ ثَلاَثَةٌ إِلَىٰ مَذْهَبٍ، والرَّابِعُ إِلَىٰ خِلاَفِهِ(٢).

ومنْهُمْ مَنْ تَكَلَّم فِي [مُعْظَمِهَا كأبي بَكْرٍ وعمر، ومعاذِ بْن جَبَلٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - ومنْهُمْ مَنْ تَكَلَّم في] مسائِلَ معْدُودَةٍ كابن عباس(٣) - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -، ثُمَّ نَظَرَ الشافعيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - في مَوَاضِعِ الخِلافِ، فاخْتَارَ مذْهَبَ زَيْدٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - حَتَّى تَرَدَّدَ قولُهُ حيْثُ تَرَدَّدَتِ الروايةُ عَنْ زَيدٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -.

قالَ الأَصْحَابُ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ -: وَلَمْ يُقَلِّد زيداً، وإنما ترَّجحَ مَذْهَبُهُ عِنْدَهُ مِنْ وجْهَيْنِ: **أحدهما:** رُوِيَ عنِ النَّبِيِّ ﷺ أنَّه قَالَ: «**أَفْرَضُكُمْ زَيْدٌ**»(٤).

---

(١) سقط من: د.
(٢) من د: بخلافه.
(٣) في ز: كالعباس وفي التلخيص عثمان وقال لم أقف على ذلك منقولاً بإسناد.
(٤) رواه [أحمد. والترمذي. والنسائي. وابن ماجة. وابن حبان. والحاكم، من حديث أبي قلابة عن أنس، أرحم أمتي بأمتي أبو بكر - الحديث - وفيه: وأعلمها بالفرائض زيد بن ثابت، صححه الترمذي والحاكم وابن حبان، وفي رواية للحاكم: أفرض أمتي زيد، وصححها أيضاً وقد أعل بالإرسال، وسماع أبي قلابة من أنس صحيح، إلا أنه قيل: لم يسمع منه هذا، وقد ذكر الدارقطني الاختلاف فيه على أبي قلابة في العلل، ورجح هو وغيره كالبيهقي والخطيب في المدرج: أن الموصول منه ذكر أبي عبيدة، والباقي مرسل، ورجح ابن المواق وغيره رواية الموصول، وقال الحافظ في التلخيص وله طريق أخرى عن أنس أخرجها الترمذي من رواية داود العطار، عن قتادة عنه، وفيه سفيان بن وكيع وهو ضعيف، ورواه عبد الرزاق عن معمر عن قتادة مرسلاً، قال الدارقطني: هذا أصح، وفي الباب عن جابر رواه الطبراني في الصغير بإسناد ضعيف=

والثاني: قَالَ القَفَّالُ: مَا تَكلَّم أحدٌ من الصحابة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - في الفَرَائِضِ، إلا وقَدْ وُجِدَ له قَوْلٌ في بعضِ المَسَائِلِ هَجَرَهُ النَّاسُ بالاتِّفَاقِ إلاَّ زَيْدٌ، فإنَّه لم يَقُل بقَوْلٍ مهجُورٍ بالاتِّفاقِ، وذَلِكَ يَقْتَضِي التَّرْجِيحَ كالعمومَيْنِ، إذَا وَرَدَ، وقَدْ خُصَّ أحَدُهُمَا بالاتِّفَاقِ دُونَ الثَّانِي، كانَ الثَّانِي أوْلَىٰ، وقَدْ يُعْتَرَضُ فَيُقَالُ: للكَلاَمِ مَجالٌ في أنَّ الوجْهَيْنِ، هل يُوجِبَانِ الرُّجْحَانَ، لَكِنْ بتقديرِ التَّسْليم فالأخذ بمَا رُجِحَ عندَهُ، أنه [إنْ] لَمْ يَكُنْ بَنَاهُ عَلَىٰ الدَّلِيلِ في كلِّ مسألةٍ، لَمْ يَخْرُجْ عن كونِهِ تقليداً، كالمقلِّدِ يأخُذُ بقَوْلِ مَنْ رَجَحَ عِنْدَهُ من المجتهدين، وإن كان بَنَاهُ علَى الدَّلِيلِ، فَهُوَ اجتهادٌ وافَقَ اجتهاداً، فلاَ مَعْنَى للقَوْلِ بأنَّه أختارَ مذْهَبَ زَيْدٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - ويُجَابُ عَنه بأنَّ الشَّافِعِيَّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - لمْ يُخْلِ مسألة عن احتجاجٍ واستشهادٍ، لكنَّهُ اسْتَأْنَسَ بمَا رَجَحَ عندَهُ من مذْهَبِ زَيْدٍ، ورُبَّمَا تَرَكَ بِهِ القياسَ الجليَّ، وعضَّدَ الخَفِيَّ. كقولِ الواحدِ من الصَّحابة، إذا انْتَشَرَ، ولم يُعْرَفْ لَهُ مخالفٌ؛ فباعتِبَار الاستئناسِ، قيل: إنَّه أخَذَ بمذْهَبِ زَيْدٍ، وبأعتبار الاحتجاج، قِيل: إنَّه لمْ يُقَلِّدْ، والله أعلم.

الفاتحَةُ الخَامِسَةُ: يُبدأ من تركة الميِّتِ بمؤنة[1] تجهيزِهِ المَعْرُوفِ؛ لأنَّهُ يحتاجُ

= في ترجمة علي بن جعفر، وعن أبي سعيد رواه قاسم بن أصبغ عن ابن أبي خيثمة، والعقيلي في الضعفاء عن علي بن عبد العزيز كلاهما عن أحمد بن يونس عن سلام عن زيد العمي عن أبي الصديق عنه، وزيد وسلام ضعيفان، وعن ابن عمر رواه ابن عدي في ترجمة كوثر بن حكيم وهو متروك، وله طريق أخرى في مسند أبي يعلى من طريق ابن البيلماني عن أبيه عنه، وأورده ابن عبد البر في الاستيعاب من طريق أبي سعد البقال عن شيخ من الصحابة يقال له: محجن أو أبو محجن].

(١) في ز: بمؤن.
المراد بمؤنة التجهيز تكفينه وحنوطه ومؤنة دفنه كما صرح به ابن سراقة في التلقين. قال: ويكون على حسب ما يتعارف مثله في مثل حاله وقدر ماله، ويبرأ أيضاً بمؤنة من عليه تجهيزه إذا مات في حياته كما نقله النووي في باب التفليس من زوائده عن الشافعي والأصحاب.
ويستثنى من إطلاق الشيخ هنا المرأة إذا كان لها زوج موسر، فإن كفنها على الزوج ومؤنة التجهيز وإن كانت موسرة على الأصح إلا أن تموت وهي ناشزة.
وقال النووي فإن تعلق كالمرهون وما يتعلق به زكاة، فزكاة هذه من زيادة له على أصله لكن ذكرها المصنف في باب الكفن، وقد استحسن السبكي حذفها وقال لأنه إذا كان النصاب باقياً، فالأصح أنه تعلق شركة، فلا يكون تركة، فليس مما نحن فيه، وإن قلنا، تعلق جناية أو رهن فقد ذكرا وإن علقناها بالذمة فقط أو كان النصاب تالفاً، فإن قدمنا دين الآدمي أو سوينا فلا استثناء، وإن قدمنا فيقدم على دين الآدمي لا على التجهيز فظهر أنه لا استثناء. قال في الخادم: المراد الأول وهو حالة نقاء النصاب كما صرح به في التهذيب والكافي في باب الجنائز.
ولا نسلم أنه ليس له تركة بل هو تركة، وإن قلنا: تعلق شركة إذ ليست شركة حقيقية بدليل أنه يجوز للوارث إخراج الزكاة من غيرها كما يجوز له إمساكه التركة وقضاء الدين من ماله. =

إِلَيْهَا، وإنَّما يدفعُ إلى الوَارِثِ ما يَستَغْنِي عنه المُورِّثُ، وهَٰذَا فِيمَا لَمْ يتعلَّقْ بِهِ حَقُّ الغَيْرِ، فإنْ تعلَّق كالمَرْهُونِ، والعَبْدِ الجانِي، والمبيع إذَا مَاتَ المشتَرِي (مُفْلِساً) قُدِّمَ حَقُّ الغَيرِ، ثُمَّ تُقْضَىٰ دُيُونُهُ مِنْها، وَلِلْوَرَثَةِ إمْسَاكُ مَا تَرَكَهُ وغَرَامَةُ ما عَلَيْهِ مِنْ عنْدِهِمْ، كما سَبَقَ في «الرَّهْنِ» ثُمَّ تُنفَذُ وَصَايَاهُ منْ ثُلُثِ البَاقِي، ثمَّ يُقَسَّم البَاقِي بَيْنَ الوَرَثَةِ عَلَى فرائِضِ اللَّهِ تَعَالَىٰ، عَلَىٰ ما قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١] إِذَا عَرَفْتَ ذَلِكَ، فَاعْلَمْ أنَّ المُصَنِّفَ ـ رَحِمَهُ اللَّه ـ أَوْدَع مَقْصُودَ الكتابِ في ثلاثَةِ فُصُولٍ.

أَحَدُهَا: في بيانِ أسبابِ التَّوْرِيثِ والوارِثِينَ، ومقادِيرِ استِحْقَاقِهِمْ.

الثاني: في وجوه الحرْمَانِ بعْد قيامِ سَبَبَ التَّوْرِيثِ [في التَّقَدُّم والحَجْبِ].

وَالثالثُ: فِي حِسَابِ الفَرائِضِ.

= وإن قلنا: إن الدين يتعلق بالتركة تعلق شركة إلى آخر ما ذكره، وهو تقرير حسن، وزاد على ما ذكره الشيخ صوراً.

أحدها: الربح في القراض إذا مات المالك قبل أن يقسم الربح، وقلنا بالمذهب إن العامل لا يملك حصته إلا بالقسمة.

ثانيها: الدار التي أسكنها المعتدة بغير الأشهر، وهي المعتدة عن الوفاة فإنها تستحق السكنى فيها إلى انقضاء العدة على المذهب، ولا يصح بيع رقبة الدار للجهل بالمدة فيكون حقها متعلقاً بعينها مدة العدة، ومقتضى ذلك تقديم حقها على مؤن التجهيز.

ثالثها: إذا أدى المكاتب النجوم إلى السيد ثم مات السيد قبل الإيفاء، فقد ذكر المصنف أنه يأخذ الواجب منه ولا يزاحم أصحاب الديون لأن حقه في عينه.

رابعها: اللقطة إذا ظهر مالكها بعد التملك فله أخذها على الأصح، ويقدم بها على سائر الحقوق.

خامسها: اطلع المشتري على عيب في المبيع، وقد آيس من الرد بغير تقصير منه كأن أعتقه مثلاً فإنه يثبت الإرث، وهو جزء من الثمن، فإن كان باقياً، فالصحيح أن حقه متعلق بعينه، وليس للبائع دفع الأرش من غيره، فلو مات قبل أخذ الأرش فقياس تعلق حقه بعينه أن يقدم بقدر الأرش على سائر الحقوق.

سادسها: البيع بعد التحالف إذ فرعنا على الأصح أنه لا ينفسخ بنفس التحالف فللبائع أن يفسخ ويقدم بالمبيع على سائر الحقوق لتعلق حقه بعينه.

سابعها: أصدقها عيناً وأقبضها ثم حصل فراق قبل الدخول إما بسببها أو بسببه ثم ماتت، والعين باقية، لكنها نقصت في يدها فإنه والحالة هذه يخير بين أن يرجع فيها أو في نصفها، ويقدم بالعين على سائر الحقوق لتعلق حقه بعينها، وبين أن يرجع إلى البدل.

ثامنها: إذا مات المقترض بعد قبضه وهو باق في يده، وفرعنا على المذهب أنه يملك بالقبض لا بالتصرف، وأن له الرجوع في عينه ما دام باقياً بحاله.

قال الزركشي: فينبغي أن يجوز له الرجوع، ويقدم كسائر الحقوق المتعلقة بالأعيان

أَمّا الفَصْلُ الأَوَّلُ، فَهُوَ مُفْتَتَحٌ بِعَدِّ أسبابِ التَّوْرِيثِ، والعِبَارَاتُ فيهِ مختلفةٌ، وإِنْ أَدَّتْ مقْصُوداً واحِداً، وكثيراً ما يَتَّفِقُ ذَلِكَ في ضوابِطِ الفَرَائِضِ، فَقَالَ الأكثَرُون: أسبابُ التَّوْرِيثِ ثلاثةٌ: قَرَابَةٌ، ونِكَاحٌ، وَوَلاَءٌ، والأَقَارِبُ يَرِثُ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ على تفْصِيلٍ سيأتِي. قال اللَّه تَعَالَىٰ: ﴿وأولُو الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ [الأنفال: ٧٥] و[أما] الزَّوْجَان فَيَرِثُ كلُّ واحدٍ مِنْهُمَا من الآخَرِ، قالَ اللَّه تَعَالَىٰ: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ﴾ [النساء: ١٢] والمرادُ من الوَلاَءِ أَنَّ المُعْتِقَ يَرِثُ مِنَ المُعتَقِ.

رُوِيَ أن النَّبيَّ ﷺ «وَرَّثَ بِنْتَ حَمْزَةَ من مولى لَهَا»(١)، وَعَنَىٰ هؤلاء بما ذَكَرُوه الأَسْبَابَ الخاصَّة، ووراءها سَبَبٌ آخرُ عامٌّ، وهو الإِسْلاَم، فَمَنْ مَاتَ، ولم يخلف من يرثه بالأسْباب الثلاثةِ، فمالُهُ لبَيْتِ المال؛ يرثه المسلمون بالعُصُوبة، كما يتحملون عنه الدِّيَةَ.

وقد رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قالَ: «أَنَا وَارِثُ مَنْ لاَ وَارِثَ لَهُ، أَعْقِلُ عَنْهُ وَأَرِثُهُ»(٢).

وفِيهِ وجْهٌ آخَرُ: أَنَّه يُوضَعُ مالُهُ في بَيْتِ المالِ علَىٰ سَبِيلِ المَصْلَحةِ لا إِرْثاً؛ لأنَّه لا يَخْلُوا عَنِ ابْنِ عَمٍّ، وإِنْ بَعُدَ فألحق ذلكَ بالمَالِ الضائِعِ الذي لا يُرْجَىٰ ظهورُ مالِكِهِ، ويُحْكَىٰ هذَا عن أبي حنِيفَةَ، وأَحْمَدَ، وأَقَامَهُ القَاضِي الرُّويَانِيُّ قَوْلاً عن روايةِ ابنِ اللَّبَّان، والأَوَّلُ هُوَ المَذْهَبُ، ومنْهُمْ مَنْ جَمَعَ بين الجهاتِ العامَّةِ والخاصَّةِ، وقالَ: التَّوْرِيثُ

---

(١) [رواه النسائي وابن ماجة من حديثها، وفي إسناده ابن أبي ليلى القاضي، وأعله النسائي بالإرسال وصحح هو والدارقطني الطريق المرسلة، وفي الباب عن ابن عباس أخرجه الدارقطني.

قال الحافظ في التلخيص صرح الحاكم في المستدرك في هذا الحديث بأن اسمها أمامة، ورواه أحمد في مسنده من طريق قتادة عن سلمى بنت حمزة فذكره، قال البيهقي: اتفق الرواة على أن ابنة حمزة هي المعتقة، وقال إبراهيم النخعي: توفي مولى لحمزة بن عبد المطلب، فأعطى النبي ﷺ ابنة حمزة النصف طعمة، قال: وهو غلط، قلت: قد روى الدارقطني من حديث جابر بن زيد عن ابن عباس: أن مولى لحمزة توفي وترك ابنته وابنة حمزة، فأعطى النبي ﷺ ابنته النصف، وابنة حمزة النصف، وجاء في مصنف ابن أبي شيبة أنها فاطمة، وأخرجه الطبراني في الكبير أيضاً].

(٢) [رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة والحاكم وصححه وابن حبان، من حديث المقداد بن معديكرب في حديث فيه: والخال وارث، وحكى ابن أبي حاتم عن أبي زرعة أنه حديث حسن، وأعله البيهقي بالاضطراب، ونقل عن يحيى بن معين أنه كان يقول: ليس فيه حديث قوي، وفي الباب عن عمر رواه الترمذي بلفظ: الله ورسوله مولى من لا مولى له والخال وارث من لا وارث له، وعن عائشة رواه الترمذي والنسائي والدارقطني، من حديث طاوس عنها بقصة الخال حسب، وأعله النسائي بالاضطراب، ورجح الدارقطني والبيهقي وقفه، وقال البزار: أحسن إسناد فيه حديث أبي أمامة بن سهل، قال: كتب عمر بن الخطاب إلى أبي عبيدة، قاله الحافظ فذكره].

يَثْبُتُ بِسَبَبٍ ونَسَبٍ، فالنَّسَبُ: القرابَةُ، والسَّبَبُ: إمَّا خاصٌ، وهو النِّكاحُ والإعْتاقُ، وإمَّا عامٌّ، وهُوَ الإسْلاَمُ، هَٰذَا ما أوْرَدَهُ فِي الكتابِ، وهؤلاءِ يَعْنُونَ بالسَّبَبِ ما سِوَى النَّسَبِ من وُجوهِ الإرْثِ، وإلاَّ فالنَّسَبُ أَحَدُ أسْبَابِ الإرْثِ، وأحَدُ وجُوهِ الوصلَةِ بَيْنَ الشَّخْصَيْنِ، فَيَكُونُ داخلاً فِي السَّبَبِ دُخُولَ الخصوصِ في العُمُومِ، فلا يَنْتَظِمُ التَّقْسِيمُ.

وقولُهُ فِي الكِتَابِ: (إمَّا عامٌ كجهةِ الإسْلاَمِ) يجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ بالحَاء والألِفِ والواوَ، لِما تَقَدَّم، وَلَوْ قَالَ: «وهو جِهَةُ الإسْلاَمِ» لكانَ أحْسَنَ؛ لأنَّ الكَافَ للتَّمْثِيلِ؛ وليس هاهُنَا سَبَبٌ عامٌ سِوَى الإسْلاَمِ.

وذَكَرَ صَاحبُ «التَّتِمَّةِ» تفريعاً على الخلافِ في أنَّهُ مَوْضُوعٌ فِي بَيْتِ المالِ إرْثاً أم على سَبِيلِ المصْلَحةِ؟ أنَّا إذَا جَعَلْنَاهُ إرْثاً، لم يَجُزْ صَرْفُهُ إلَى المكَاتَبِينَ، ولا إلَى الكُفَّارِ، وفي جَوازِ صرفِه إلَى القاتِلِ وجهان:

وجه الجواز أنَّ تُهْمَةَ الأسْتِعْجَالِ لا تَتَحقَّق هَاهُنَا؛ لأنَّه لا يتعيَّنُ مَصْرِفاً لمالِهِ[1].

وفِي جواز صَرْفِهِ إلَىٰ من أوصَىٰ له بشَيءٍ وجْهَانِ:

فَفِي وَجْهٍ لئلا يُجْمَعُ بين الوَصِيَّةِ والإرْثِ، ويخيَّر بَيْنَهُمَا.

وفي وَجْهٍ: يجوزُ[2] بخلافِ الوَارِثِ المُعَيَّنِ؛ لأنَّه أغْنَاهُ بِوَصِيَةَ الشَّرْعِ بقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ﴾ [النساء: ١١] عن وَصِيَّةِ غَيْرِهِ.

ويجوزُ علَى الوجْهَيْنِ تخصيصُ طائفةٍ منَ المُسْلِمِينَ بِهِ، ووَجْهُهُ: بأنَّه أستحقاقٌ بصفةٍ وهي أُخُوَّة الإسْلام، فَصَارَ، كما لَو أوصَىٰ بثلثهِ لقَوْمٍ موصُوفِين لا يَجِبُ استِيعَابُهُمْ، وكَذَلِكَ، يَجُوزُ[3] أنْ يُصْرَفَ إلَى مَنْ وُلِدَ بَعْدَ مَوْتِهِ، أو كَانَ كافراً فأسْلَمَ بَعْدَ مَوْتِهِ، أوْ رَقِيقاً، فَعَتَقَ[4].

---

(١) قال النووي: الأصح أو الصحيح: المنع والله أعلم.

(٢) قال النووي: الأصح الجواز والله أعلم.

(٣) في ز: لا يجوز.

(٤) قال النووي في زياداته: قد ضم صاحب «التلخيص» إلى هذه الأسباب الأربعة سبباً خامساً، وهو سبب النكاح، وهو غير النكاح، وذلك في المبتوتة في مرض الموت إذا قلنا بالقديم: إنها ترث. والله أعلم.
قال الشيخ البلقيني: قوله «ويجوز صرفه إلى من ولد بعد موته إلى آخره عطفاً على ما لا خلاف فيه وكذلك يقتضيه كلام النووي في الروضة. وكل ذلك مخالف لما ذكره الروياني في البحر عن الأصحاب حيث قال: فرع إذا صرف المال إلى المسلمين ميراثاً يرثه من كان موجوداً عند وفاته دون من يولد بعد وفاته يصرفه الإمام إلى الموجودين على ما يراه من المصلحة، ويكون الذكر والأنثى فيه سواء؛ لأنهما تساويا في جهة الاستحقاق، وهي الموالاة في الدين، كما قلنا: في=

وقولُهُ في الإِعْتَاق، (وَلاَ يُوَرَّثُ بِهِ إِلاَّ بالعُصُوبَةِ) وفِي النِّكَاحِ، (وَلاَ يُوَرَّثُ بِهِ إِلاَّ بالْفَرِيضَةِ) مبنيٌّ، عَلَى أَصْلٍ سَيَأْتِي من بَعْدُ ـ إن شاءَ الله ـ وهو أَنَّ مِنَ الوارِثِينَ منهم من يَرِثُ بالفرضية، ومنْهُمْ مَنْ يَرِثُ بالتَّعْصِيبِ، فبين أَنَّ الإِرْثَ بالإِعْتَاقِ مِنَ القِسْمِ الثَّاني وبالنِّكاحِ مِنَ الأَوَّلِ، والله أعلم.

قال الغَزَالِيُّ: **وَالوَارِثُ مِنَ الرِّجَالِ عَشَرَةٌ اُثْنَانِ مِنَ السَّبَبِ وَهُمَا المُعْتِقُ وَالزَّوْجُ، وَاُثْنَانِ مِنْ أَعْلَى النَّسَبِ وَهُمَا الأَبُ وَالجَدُّ، وَاُثْنَانِ مِنَ الأَسْفَلِ وَهُمَا الابْنُ وَابْنُ الابْنِ، وَأَرْبَعَةٌ عَلَى الطَّرَفِ وَهُمُ الإِخْوَةُ وَبَنُوهُمْ إِلاَّ بَنِي إِخْوَةِ الأُمِّ، وَالأَعْمَامُ وَبَنُوهُمْ إِلاَّ الأَعْمَامَ مِنْ جِهَةِ الأُمِّ وَهُمْ إِخْوَةُ الأَبِ للأُمِّ، وَالوَارِثَاتُ مِنَ النِّسَاءِ سَبْعٌ، اُثْنَتَانِ مِنَ السَّبَبِ وَهُمَا المُعْتَقَةُ وَالزَّوْجَةُ، وَاُثْنَتَانِ مِنْ أَعْلَى النَّسَبِ وَهُمَا الأُمُّ وَالجَدَّةُ، وَاُثْنَتَانِ مِنَ الأَسْفَلِ وَهُمَا البِنْتُ وَبِنْتُ الْبِنْتِ، وَوَاحِدَةٌ عَلَى الطَّرَفِ وَهِيَ الأُخْتُ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ:

فصل في بيان المجمع على توريثهم

في حصْرِ الورثةِ طريقتان:

إحداهُمَا: طريقةُ خَلْطِ الذُّكورِ بالإِنَاثِ، وهِيَ أَنَّ الوَرَثَةَ قِسْمان: مَنْ يرثُ بالنَّسَبِ، وهم الزَّوْجَان والمُعْتَق، ذكَراً كان أو أنثىٰ، ومن يرِثُ بالنَّسَبِ والمناسَبُون قِسْمان: مَنْ يُدْلِي إلى الميِّتِ بغير واسِطةٍ، وهم الأَبَوَانِ، والأولادُ، [و] كلهم وارثُونَ، وَمَنْ يُدْلِي بواسِطَةٍ، وهُوَ إمَّا ذَكَرٌ أو أُنثَىٰ، وعلَى التقدِيرَيْنِ، فالتَّوسُّط إمَّا بمَحْضِ الذُّكورِ، أوْ بمحضِ الإِنَاثِ أو بِهِمَا جميعاً، فيخرجُ مِن ذَلك ستُّ حالاتٍ: ذكر والتوسُّطُ بمَحْضِ الذُّكورِ، وكلُهُم ورثةٌ، ذكر والتوسُّطُ بمحضِ الإِناثِ، ولاَ يرثْ منْهُم إلاَّ الأَخُ للأُمِّ، ذكر والتوسُّطُ بالذُّكُورِ والإِنَاثِ، ولا يَرِثُ منهُمْ أحدٌ إلاَّ أُنْثَىٰ، والتوسُّطُ

= أولاد الأم، الذكر منهم والأنثى في الإرث سواء؛ لأنهما في جهة الاستحقاق، وهي الرحم سواء. ذكره أصحابنا.

ويوافق قول النووي في زياداته الجرجاني حيث قال في التحرير «ولا يورث على الخصوص بغير رحم ولا نكاح ولا ولاء ولا المبتوتة في مرض الموت إذا قلنا بالقديم إنها ترث مطلقاً، ثم هذا ليس بقديم، فقد قال الماوردي: إنه نص على القولين في الرجعة، والعدد من الإملاء، وكذا نقلهما القاضي أبو الطيب عن الجديد.

قال الزركشي: وينبغي أن يضم إليها الرحم عند عدم بيت المال على ما سيأتي قياساً على جعل الإسلام سبباً عند فقد العصبة الخاصة.

بمَحْضِ الذُكورِ، ولا يرثُ مِنهُنَّ إلاَّ بنتُ الابْنِ والأُختُ للأبِ والجَدَّةُ للأبِ أُنْثَىٰ، والتوسُّطُ بِمَحْضِ الإناثِ لا يَرثُ منهُنَّ إلاَّ الأُخْتُ للأمِّ، والجَدَّةُ للأمِّ أُنثَىٰ، والتوسُّطُ بالصِّفَتَيْنِ لاَ يَرثُ منهُنَّ إلاَّ الجَدَّاتُ المُدْلِيَاتُ بمَحْضِ الإناثِ إلَىٰ مَحْضِ الذُّكورِ؛ كأمِّ أمِّ الأبِ، وأمِّ أمِّ أبي الأبِ. الثانيةُ طريقةُ التَّمييز: وهِيَ أنَّ الوَرثَةَ صِنفَان رجالٌ ونسَاءٌ، وفي حَصْرِ كلِّ صِنفٍ عبارَتانِ بَسْطٌ وإيجازٌ.

فمنْ يَبْسُطُ بقول: الرِّجَالُ الوارثُون خَمْسَةَ عَشْرَةَ: الابْنُ، وابنُ الابْنِ، وإن سَفَلَ، والأَبُ، والجَدُّ للأبِ وإنْ علاَ، والأَخُ للأبِ والأمِّ، وَالأخ للأبِ، والأخُ للأمِّ، وَابنُ الأخِ للأبِ والأمِّ، وابنُ الأخ للأبِ، والعمُّ للأبِ والأمِّ، والعَمُّ للأبِ، وابْنُ العمِّ للأبِ والأمِّ، وابنُ العَمِّ للأبِ، والزَّوْجُ، والمُعْتِقُ.

والنِّسَاءُ الوارِثَاتُ عَشْرٌ: البِنْتُ، وبِنْتُ الابْنِ، وإنْ سَفَلَتْ، والأمُّ والجَدَّةُ للأبِ والجَدَّةُ للأمِّ، ـ وإن عَلَتَا ـ والأختُ للأبِ والأمِّ، والأُخْتُ للأبِ، والأُخْتُ للأمِّ، والزَّوْجَةُ، والمُعْتَقَةُ.

ومَنْ يُوجز يقُولُ: الرجَالُ عَشَرَةٌ: الابْنُ وابْنُ الابْنِ، والأبُ، والجَدُّ، والزَّوْجُ، والمُعْتِقُ، كَمَا سَبَقَ، ويتصرَّفُ فيمنْ عَدَاهُمْ بالاخْتِصَارِ، فيُعَدُّ الأخُ واحداً، ويَدْخُلُ فيهِ الإخْوةُ مِنَ الجِهَاتِ الثَّلاثِ.

وأمَّا الباقُونَ، فللموجِزِينَ فيهمْ أرْبَعُ عِبَارَاتٍ:

إحداها: أَطْلَقَ بَعضُهُمْ: أبْنُ الأخِ، والعَمُّ وابنُ العَمِّ، وهَـٰذَا يَدْخُلُ فِيهِ الأُمِّيُّونَ منهُمْ، لكنَّ تأويلَهُ أنَّ الغَرَضَ الآنَ بيانُ الجِنْسِ، ثُمَّ تَبَيَّنَ عند التَّفْصِيلِ أنَّ الشَّرْط يكونُوا من الأُمِّ، وهَـٰذَا كَما أنَّا أطْلَقْنَا القَوْلَ في الجَدِّ للأبِ، وفي الجَدَّةِ، ثمَّ تبينُ أنَّ الشَّرْطَ ألا يتوسطَ بينهما وبَيْنَ الميت مَنْ لا يرثُ.

والثانيةُ: قيل: وأبْنُ الأخِ للأَبِ، والأمِّ أو الأب، وكَذَٰلِكَ في العَمِّ، وابن العم.

والثالثة: قِيلَ: وابنُ الأخِ للأَبِ، وفي العَمِّ وأبْنِ العَمِّ كَذَٰلِكَ.

وصَاحبُ هٰذه العبارةِ يَعْنِي الانْتِسَابَ إلى الأَبِ بمطلقهِ، وأنَّه مَوْجُود[1] في الانْتِسَاب إلى الأبَوَيْنِ، [وصاحبُ العبارةِ الثَّانِيَةِ يَعْنِي الانتسابَ إلى الأبِ، وأنَّه غيرُ موجودٍ في أنْتِساب إلى الأَبَوَيْنِ][2] وهذَا أشْهَرُ في الاسْتِعمالِ.

والرابِعَةُ: قِيلَ: وابنُ الأَخِ إلاَّ مِنَ الأُمِّ، وفي العَمِّ وابنِ العَمِّ كَذَٰلِكَ، والمرادُ إلاَّ مِنَ الأمِّ وحْدَهَا، وأحْسَنُ العِبَارَاتِ هَـٰذِهِ أو الثانِيَةُ.

قال الموجِزُونَ: والنِّساءُ الوَارِثَاتُ سَبْعٌ: البِنْتُ، وبِنْتُ الابْنِ، والأُمُّ، والجَدَّةُ من

---

(١) في ز: غير موجود.
(٢) سقط من د.

[الجِهَتَيْنِ، والأُخْتُ، والزَّوْجَةُ، والمُعْتِقَةُ، وضَمَّ الشَّيْخُ أَبُو خَلَفٍ السُّلَمِيُّ إلى المذكورِينَ في الصِّنْفَيْنِ: عصَبَاتِ المُعْتِقِ، ومُعتِقِ المُعتِقِ، وهٰذَا][١] قريبٌ لفظاً، فإنَّ اسْمَ المُعْتِقِ لا ينتَظِمُهُمَا، لكنْ لو فَتَحْنَا هٰذَا البابَ، لاحْتَجْنَا إلَىٰ ضَمِّ عصباتِ مُعْتِقِ المعتِق، ومُعْتِقِ مُعْتِقِ المُعْتِقِ، وهَكَذَا إلَىٰ ما لاَ يَتَنَاهَىٰ، فإذَن المُرَادُ من المُعْتِقِ مَنْ صَدَرَ منه الإعتاقُ، وكُلُّ مَنْ يَتَوَسَّلُ بِهِ.

وإذَا اجْتَمَعَ الوارِثُونَ مِنَ الرجالِ لَمْ يَرِثْ منهمُ إلاَّ الأَبُ، والابْنُ، والزَّوْجُ.

وإذا اجْتَمَتِ الوَارِثَاتُ مِنَ النِّسَاءِ، وَرِثَتْ منهُنَّ خَمْسٌ: البنتُ، وبنتُ الابن، والأُمُّ، والزوجَةُ، والأُخْتُ من الأبَوَيْنِ.

وإذَا اجتمعَ من يُمْكِنُ اجتماعُهُمْ من الصِّنْفَيْنِ، ورِثَ الأبَوَانِ، والابْنُ، والبِنْتُ، ومَنْ يُوجَدُ من الزَّوْجَيْنِ[٢].

ومَن انْفَرَدَ مِنَ الرِّجَالِ؛ جَازَه جَمِيع التَّرِكةِ؛ إلاَّ الزَّوْجَ، والأَخَ للأُمِّ، ومَنْ يقولَ بالرَّدِّ، لا يَسْتَثْنِي إلاَّ الزَّوْجَ.

ومَنِ انفردَتْ من النِّسَاءِ لم تَحُزْ جميعَ التركةِ إلاَّ المُعْتِقَةَ، ومَنْ يقولُ بالرَّدِّ يثبت لِكُلِّهِنَّ الحيازَةَ إلاَّ الزوْجَةَ[٣].

وإذا تَوَغَّلْتُ الكتاب، عَرَفْتَ صِدْقَ هَٰذِهِ الثلاثِ، ووجُوهها.

واعْلَمْ أنَّ الفَصْلَ من أصْله لبيان المُجْمَعِ علَىٰ توريثِهِمْ مِنَ الرِّجَالِ والنِّسَاءِ، ثُمَّ

---

(١) سقط في ب.

(٢) قال النووي في الروضة: إذا اجتمع الصنفان غير أحد الزوجين، ورث خمسة: الأبوان، والابن، والبنت، وأحد الزوجين.

قال في الخادم: وقد يقال: إن عبارة الروضة أحسن لإمكان اجتماع الكل لا الزوجين، فلا يوجد إلا أحدهما لكن يحجب بعضهم بعضاً إلا الخمسة، فلا يحجب وقد يجتمع جد وجدة وابن وابن وبنت ابن وأحد الزوجين، وليس معه حاجب فيرثون.

وقال في الخادم أيضاً: ما جزموا به عدم تصور اجتماع الزوجين ممنوع، بل يتصور في صورتين: إحداهما: في الخنثى وهي ما إذا أقام رجل بينته على بنت ملفوف، في كفن أنها امرأته وهؤلاء أولاده منها وأقامت امرأة بينة أنه زوجها، وهؤلاء أولاده منها فكشف عنه، فإذا هو خنثى له الاثنان ففي طبقات العبادي وأدب القضاء للهروي عن الشافعي أنه قال: يقسم المال بينهما.

الثانية: لو أقاما بينتين على غائب لم يظهر حاله، فينبغي أن يجري فيه ذلك لو أقاما بينتين بعد الوصية.

قال النووي: وليس في الورثة ذَكَر يُدلي بأنثى فيرث، إلا الأخ للأم، وليس فيهم من يرث مع من يدلي به إلا أولاد الأم. قال صاحب «التلخيص» والقفال وغيرهما: ليس لنا من يورث ولا يرث، إلا الجنين في غرّته، والمعتق بعضه على الأظهر: أنه يورث.

(٣) في ز: وغيرهم.

مَنْ يَقُولُ بتوريثِ ذَوِي الأرحامِ يزيدَ عليهم بكَثِيرٍ.

وقولُهُ في الكِتاب «والوَارِثُونَ مِنَ الرِّجَالِ عَشَرَةٌ» هُوَ عبارةُ الْإِيجاز، وزَادَهَا بياناً، فقَالَ «اثْنَانِ مِنْهُمْ مِنَ السَّبَبِ، وَهُمَا: الزَّوْجُ والمُعْتِقُ، والبَاقُونَ من النَّسَبِ اثْنَانِ مِنْ أَعْلاَهُ» يعني: أصُولَ الميِّتِ، ولم يُقَيِّدْ لفْظ الجَدِّ بأبي الأب، وهو المُرَادُ، ولا يَصْلُحُ قولُهُ «مِنْ أعلَى النَسَبِ» مُقَيِّداً كما لاَ يَصْلُحُ في طرف الجَدَّةِ، واثْنَانِ مِنْ أسْفَلِهِ، يَعْنِي: فُرُوعَهُ، وأربعةٌ علَى الطَّرف، وهم الإخوةُ وبنوهم، والأعمَامُ، وبنُوهُم.

قولُهُ «إلاَّ الأعمام مِنْ جِهَةِ الأُمِّ» استثناءٌ مِنَ الأَعْمَام، واكْتَفَىٰ به عَن الاسْتثناءِ مِنْ بينهم؛ لأنَّه إذا بَانَ أنَّ العَمَّ مِنَ الأمِّ لاَ يَرِثُ، فابنه[1] أولَىٰ بألاَّ يَرِثَ.

وقولُهُ «وَهُمْ إخْوَةُ الأَبِ للأُمِّ» تفسيرٌ لا تَمَسُّ الحاجةُ إليه، ولفْظُ «الأَعْمَامِ» ينظم عمَّ المَيِّتِ، وَعَمَّ أَبِيهِ وعمَّ الجَدِّ إلَىٰ حيث يَنْتَهِي، وَكَذَلِكَ حيثُ أطْلَقْنَا لَفْظ العَمِّ في عَدِّ الوارِثِينَ بخلافِ لَفْظِ الأخِ، فإنَّ المُرَادَ منهُ أخ الميتِ لاَ غَيْرَ، والله أعلم.

قال الغَزَالِيُّ: **وَمَنْ عَدَا هَؤُلاَءِ كَأَبِ الأُمِّ، وَأَوْلاَدِ البَنَاتِ، وَبَنَاتِ الإِخْوَةِ، وَأَوْلاَدِ الأَخَوَاتِ، وَالعَمَّاتِ وَالخَالاَتِ، وَبَنَاتِ الأَعْمَامِ فَهُمْ مِنْ ذَوِي الأَرْحَامِ وَلاَ شَيْءَ لَهُمْ (ز ح و).**

فصل في ذوي الأرحام

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ذَوُو الأَرْحَامِ بالقَوْلِ الجُمَلِيِّ: كُلُّ قَرِيبٍ يَخْرُجُ مِنَ المَعْدُودِينَ فِي الفَصْلِ السَّابِقِ.

وإنْ شِئْتَ قُلْتَ: كُلُّ قريبٍ لَيْسَ بذي فَرضٍ ولا عَصَبَةٍ، وهَذَا علَىٰ إدخَال قَرَابَةِ الأُمِّ في مُطْلَقِ لَفْظِ القَرَابَةِ، وَأَمَّا تَفْصِيلُهُمْ، فَفِيهِ طَرِيقَانِ:

أحدُهُمَا: [إن نَقلْت الطريقة الأُولَىٰ في حَصْرِ الورثة][2] وتقول: كُلُّ مناسِبٍ، فإمَّا أو يَتَوَسَّطَ بَيْنَهُ وبيْنَ المَيِّتِ واسطةٌ، ولَيْسَ في هَذَا القِسْمِ أَحَدٌ منْ ذَوِي الأَرْحَامِ أو يتوسَّطَ، فَهُوَ إما ذَكَرٌ أو أُنْثَىٰ، وَعَلَى التقديرَيْنِ، فالتوسُّطُ إمَّا بِمَحْضِ الذكور، أو بِمَحْضِ الإنَاثِ، أو بِهِمَا: إنْ كانَ ذكراً، والتَّوَسُّطُ بمَحْضِ الذُّكُورِ، فلَيْسَ فيهم أحدٌ مِنْ ذَوِي الأَرْحَامِ أيضاً.

وإنْ كَانَ ذَكَراً، والتوسط بمحَضِ الإنَاثِ؛ فَكُلُّهُمْ من ذَوِي الأَرْحَامِ إلاَّ الأخَ من الأمِّ.

---

(١) في ز: فإنه.

(٢) في ز: أحدهما حصر الورثة.

وإن كَان أُنثَىٰ، والتوسُّطُ بمَحْضِ الذُّكُورِ، فكُلُّهُمْ مِنْ ذَوِي الأَرْحَامِ، إلاَّ بنتَ الابْنِ، والأختَ للأَبِ، والجِدَّةَ للأَبِ.

وإنْ كانَتْ أُنثَى، والتوسط بمَحْضِ الإنَاثِ، فَكَذَلِكَ الأُخْتَ للأمِّ، والجِدَّةَ للأمِّ.

وإنْ كَانَ ذَكراً أو أُنثَىٰ، والتوسط بالإنَاثِ والذُّكُورِ جميعاً، فالكُلُّ من ذَوِي الأَرْحَامِ إلاَّ الجَدَّاتِ المُدْلِيَاتِ بمَحْضِ الإنَاثِ إلَىٰ مَحْضِ الذُّكُورِ.

والثاني: أنَّ ذَوِي الأَرْحَامِ عَشَرَةُ أَصْنَافٍ: الجَدُّ أَبُو الأُمِّ، وكلُّ جَدٍّ وجَدَّةٍ سَاقِطَيْنِ، وأَوْلاَدُ البَنَاتِ، وبَنَاتُ الإخوةِ، وأولاَدُ الأَخَواتِ، وبنُو الإخوةِ للأُمِّ، والعَمُّ للأُمِّ، وبناتُ الأَعْمَامِ والعَمَّاتِ، والأَخْوَال، والخالات، ومنْهُمْ مَنْ يعدُهُمْ أَحَدَ عَشَرَ صِنفاً، ويَفْصِلُ الجَدَّ عن الجَدَّةِ.

ومِنْهُمْ مَنْ يَزِيدُ علَىٰ ذَلِكَ، والمقْصُودُ لاَ يَخْتَلِفُ، فهؤلاء لا يَرِثُون بالرَّحم شَيْئاً، وبِهِ قال مالِكٌ: خِلافاً لأبي حنيفَةَ وأحْمَدَ؛ لما رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ قال: «سَأَلْتُ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ عَنْ مِيرَاثِ الْعَمَّةِ وَالْخَالَةِ فَسَارَّنِي جِبْرِيلُ أَنْ لاَ مِيرَاثَ لَهُمَا».

ويُرْوَىٰ أنَّه ﷺ «رَكِبَ إِلَىٰ قباء يَسْتَخِيرُ اللَّهَ تَعَالَىٰ فِي الْعَمَّةِ وَالْخَالَةِ، ثُمَّ قَالَ: «أُنْزِلَ عَلَيَّ أَنْ لاَ مِيرَاثَ لَهُمَا».

وأَيْضاً، فإنَّ العَمَّةَ لا تَرِثُ مَعَ العَمِّ، وكُلُّ أُنثَى لا تَرِثُ مَع مَنْ في دَرَجَتِهَا مِنَ الذُّكُورِ لاَ تَرِثُ إِذَا انْفَرَدَتْ كَابْنَةِ المُعْتِقِ.

وأيضاً فإنَّهُمْ لَوْ وَرِثُوا، لَتَقَدَّمُوا على المُعْتِقِ؛ لأنَّ القَرَابَةَ مقدَّمَةٌ علَى الوَلاَءِ، وقَدْ سَلَّم أَبُو حنيفةَ بتَقَدُّمِ المعتقِ علَيْهِمْ.

ولْيُعْلَمْ قَوْلُهُ في الكتاب «لاَ شَيْءَ لَهُمْ» بالحاءِ والألف وبالزاي والواوِ أَيْضاً؛ لأَنَّ في «التهذيب» أنَّ المُزَنِيَّ وابْنَ كَج يوافِقَان أَبَا حَنِيفَة في المَسْأَلةِ، ويُبْنَى على مَنْع التَّوْرِيثِ منْعُ الرَّدِّ، وهو أنْ يُخَلِّفَ الميتُ صَاحِبَ فَرْضٍ أو أصحابَ فُرُوضٍ، لاَ تَسْتَغْرِقُ المالَ، فلا يُرَدُّ البَاقي عليهم.

والذينَ ورَّثُوا بالرَّحم حَكَمُوا بالرَّدِّ علَىٰ أَصْحَابِ الفُرُوضِ، إلاَّ على الزَّوْجِ والزَّوْجَةِ؛ فإنَّه لاَ رَحِمَ لَهُمَا، ويقدِّمُونَ الرَّدَّ علَى توريثِ ذوِي الأَرْحَامِ الذينَ لا فَرْضَ لهُمْ؛ لأنَّ القَرَابَةَ المفيدةُ لأستحقاقِ الفَرْضِ أوْلَىٰ، واحتَجُّوا علَىٰ إِبْطَالِ الرَّدِّ بقولِهِ تَعَالَىٰ: ﴿إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ﴾ [النساء: ١٧٦] جعَلَ لَهُ الكُلَّ حيثُ جَعَلَ لَهَا النِّصْفَ.

ولَوْ قُلْنَا بالرَّد، لوَرِثَتِ الكُلَّ كَمَا يَرِثُهُ الأَخُ، فيرتَفِعُ الفَرْقُ، وبِمَا رُوِيَ عَنِ النبيِّ

ﷺ قَالَ: «فَمَا أَبْقَتِ الفَرَائِضُ فَلأَوْلَىٰ عَصَبَةٍ»(١).

ومِثْلُ هَٰذَا الشخصِ عَصَبَتُهُ المُسْلِمُونَ؛ ألا تَرَىٰ أَنَّهُم يتحمَّلُون عَنْهُ الدِّيَةَ، ومَا ذَكَرْنَا مِنْ منعِ توْرِيثِ ذَوِي الأرْحَامِ، ومنْعِ الرَّدِّ فيمَا إِذَا انتظمَ أَمْرُ بيْتِ المالِ بأَنْ وَلِيَ النَّاسَ إمامٌ عادِلٌ.

أمَّا إذَا لَمْ يَكُنْ إمامٌ، أو لم يكن مستحِقّاً للإمَامَةِ، فَفِي مَالِ مَنْ لَمْ يخلِّفْ ذَا فَرْضٍ ولا عَصَبَةٍ أو خَلَّفَ ذَوِي فُرُوضٍ لا تَسْتَغْرِقُ المَالَ، وجهانِ حكاهما الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ والمُعْتَبَرُونَ.

أظْهَرُهُمَا، عند أبِي حَامِدٍ وصاحبِ «المهذَّب»: أنَّه لا يُصْرَفُ إلَىٰ ذَوِي الأرحام ولا يُرَد عَلَىٰ ذَوِي الفُرُوضِ أَيْضاً؛ لِأَنَّ الحَقَّ فيه لِعَامَّةِ المُسْلِمِينَ، فلا يَسْقُطُ بِفِقْدَانِ مَنْ يَنُوبُ عَنْهُمْ.

والثاني: أنَّه يُصْرَفُ وَيُرَدُّ؛ لأنَّ المَالَ مصْروفٌ إلَيْهِمْ أو إلَىٰ بيْتِ المَالِ بالاتِّفَاقِ.

فإذَا تَعذَّرت إحْدَى الجهتَيْنِ، تعينت الأخْرَىٰ، ولو تَوَافَقْتَا، لعَرَّضْنَا المالَ للفَوَاتِ والآفاتِ، وهَٰذَا ما اخْتَارَهُ القَاضِي ابنُ كَجٍّ، وأفتى(٢) به أكَابِرُ المتأخرينَ(٣).

التفريعُ: إنْ قُلْنَا: لا يُصْرَفُ إلَيْهِمْ، وَلاَ يُرَدُّ، فإنْ كَانَ المَالُ في يدِ أمينٍ؛ قالَ في «التتِمَّةِ»: يُنْظَرُ: إنْ كَانَ في البَلَدِ قاضٍ، بشَرَائِطِ القضاءِ، مأذونٌ في التصرُّفِ في مالِ المصالحِ، وَدُفِعَ إليهِ؛ لِيَصْرِفَهُ فِيهَا، وإنْ لم يَكُنْ قَاضٍ، أو لَمْ يكِنْ بشرائِطِ القَضَاءِ، صَرَفَهُ الأَمِينُ بِنَفْسِهِ إلى المصالِحِ، وإنْ كَانَ هُنَاكَ قاضٍ بشَرْطِ القَضَاءِ، لكنه لم يُؤْذَنْ لهُ

---

(١) متفق عليه، قوله: وفي رواية: فلأولى عصبة ذكر، وقال بعد أوراق: اشتهر عن النبي ﷺ أنه قال فذكره بهذا اللفظ، والثابت في الصحيحين من حديث ابن عباس فما أبقت الفرائض فلأولى رجل ذكر، وهذا اللفظ تبع فيه الغزالي، وهو تبع إمامه، وقد قال ابن الجوزي في التحقيق: إن هذه اللفظة لا تحفظ، وكذا قال المنذري، وقال ابن الصلاح: فيها بعد عن الصحة من حيث اللغة، فضلاً عن الرواية، فإن العصبة في اللغة اسم للجمع لا للواحد، انتهى. وفي الصحيح عن أبي هريرة حديث: أيما امرىء ترك مالاً فليرثه عصبته من كانوا، فيشمل الواحد وغيره.

(٢) في ز: وأوصى.

(٣) قال النووي في زياداته: هذا الثاني، هو الأصح أو الصحيح عند محققي أصحابنا، وممن صححه وأفتى به الإمام أبو الحسن بن سُراقة من كبار أصحابنا ومتقدِّميهم، وهو أحد أعلامهم في الفرائض والفقه وغيرهما، ثم صاحب «الحاوي»، والقاضي حسين، والمتولي، والخَبْري ـ بفتح الخاء المعجمة وإسكان الباء الموحدة ـ وآخرون، قال ابن سُراقة: وهو قول عامة مشايخنا. قال: وعليه الفتوى اليوم في الأمصار، ونقله صاحب «الحاوي» عن مذهب الشافعي رضي الله عنه، قال: وغلط الشيخ أبو حامد في مخالفته، قال: وإنما مذهب الشافعي منعهم إذا استقام بيت المال.

في التَّصَرُّفِ في مَال المَصَالِحِ، فَيُدْفَعُ إِلَيْهِ أَمْ يفرقه الأمينُ بنَفْسِهِ [إلى المَصَالِحِ]؟ فيه وجْهَانِ(١)، وعلَى الثَّاني وُقُوفُ المَسَاجِدِ في القُرَىٰ يَصْرِفُهَا صلحاءُ القريةِ إِلَىٰ عِمَارةِ المَسْجِدِ ومصالِحِهِ، وإنْ لَمْ يَكُنْ في يَدِ أَمِينٍ، وَدُفِعَ إِلَيْه ليفرِّقه.

وحَكَىٰ أَبُو الفَرَجِ الزاز وجْهاً آخَرَ، وَهُوَ: أنَّه لا يُفَرَّقُ، بَلْ يُوقَفُ إِلَى أنْ يَظْهَرَ بيْتُ المَالِ، ومن يَقُومُ له بشَرْطِهِ، وإذَا قُلْنَا بالصَّرْفِ إِلَىٰ ذَوِي الأرحام، فَقَدْ رَوَى القاضي ابْنُ كَجٍّ وَجْهاً أنَّه يُصْرَفُ إلى الفُقَرَاءِ مِنْهُمْ، ويقدِّمُ الأحْوَجُ فالأحْوَجُ؛ جَمْعاً بَيْنَ المذهبَيْنِ بقَدْرِ الإمْكَانِ.

والمَشْهُورُ أنَّه يُصْرَفُ [إِلَىٰ جَمِيعِهِمْ، ثُم هُوَ إِرْثٌ أَمْ شيءٌ على سبيل المصلحة؟ أَشْبَهُهُمَا بأصْلِ المذْهَبِ: أنَّه علَىٰ سبيلِ المصْلَحةِ، وهَذَا ما اختاره القاضي الرُّويانيُّ، وَذَكَر أنَّه يُصْرَفُ](٢) إليهم، إنْ كانُوا محتاجين، أو إِلَىٰ غيرِهِ مِنْ أنْواعَ المصالِحِ، فإنْ خِيفَ على المَالِ مِنْ حَاكِمِ الزَّمَان، صُرِفَ إِلَىٰ الأصْلَح بقَوْل مُفْتِي البَلْدةِ(٣)، وأَطْلَقَ صاحبُ «التهذيب» أنَّ شَيْخَهُ القاضِيَ، حُسَيْنَ كانَ يُفْتِي بتوْرِيثِ ذَوِي الأرْحَام، وهَذَا يجوزُ أنْ يراد بِهِ عند فَسَادِ بيْتِ المَالِ، ويَجُوزُ أنْ يَكُونَ مطْلقاً كَمَا حكَاهُ عنِ المُزَنِيِّ وابْنِ سُرَيْجٍ.

وإن حَكَمْنَا بأنَّهُمْ يورثونهـم، ويثبتُون الرَّدَّ، فلا بُدَّ من معْرفةِ كيفِيَّةِ الأمْرَيْنِ، والخَطْبُ في بيانها لَيْسَ بِهَيِّنٍ، ولا يَلِيقُ به هذَا المَوْضِعُ، فنورِدُهُ في جملةِ أبْوابٍ، نأتي بها بَعْدَ الفراغِ مِنْ شَرْحِ مسائِلِ الكِتَابِ، إن شاءَ اللَّه تعالَىٰ.

قال الغَزَالِيُّ: **فَتَذْكُرُ الآنَ قَدْرَ نَصِيبِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الوُرَّاثِ (أَمَّا الزَّوْجُ) فَلَهُ النِّصْفُ، فَإِنْ كَانَ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ وَلَدٍ وَارِثٌ فَلَهُ الرُّبُعُ (وَأَمَّا الزَّوْجَةُ) فَلَهَا الرُّبُعُ، فَإِنْ كَانَ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ وَلَدٍ وَارِثٌ فَلَهَا الثُّمُنُ، فَإِنْ كُنَّ جَمَاعَةً اشْتَرَكْنَ فِي الرُّبُعِ أَوِ الثُّمُنِ، وَلاَ يَزِيدُ حَقُّهُنَّ.**

---

(١) وحكى النووي في هذا أوجه ولم يحك المصنف هنا إلا وجهين، ووجه التوقف إنما ذكره بعد ذكر الحالة الأخرى وهي ما إذا لم يكن الذي بيده المال أميناً، فيحتمل أن يكون مراد الرافعي به أن القاضي يتوقف في هذه الحالة وأن الأمير والقاضي يتوقفان في الحالين.

(٢) سقط من: د.

(٣) قال النووي[: الصحيح الذي عليه جمهور من قال من أصحابنا بتوريث ذوي الأرحام: إنه يصرف إلى جميعهم على سبيل الميراث، على تفصيل يأتي إن شاء الله تعالى في الباب الثامن في كيفية توريثهم والردِّ].

«فصل في بيان ما يستحقه كل وارث من المجمع عليهم»

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَمَّا فَرَغَ من بيانِ مَنْ يَرِثُ وَمَنْ لاَ يَرِثُ مِنَ الأَقَارِبِ، تكلَّم فِيمَا يستحقُّهُ كُلُّ واحِدٍ مِنَ الوَرثَةِ، وتُقدِّم عليه أنَّ كُلَّ وَارِثٍ: إمَّا أنْ يكونَ لَهُ سَهْمٌ مُقدَّرٌ في الكِتَابِ والسُّنَّةِ، ويُقَالُ لَهُ: صاحِبُ فرضٍ، أوْ لاَ يكُونَ، ويقالُ لَهُ: عَصَبَةٌ، ولكنْ بشَرْطٍ، وَهُوَ أنْ يكُونَ مُجْمَعاً علَىٰ توريثِهِ، فإنَّ مَنْ وَرَّثَ ذَوِي الأَرْحَامِ لا يُسَمِّيهِمْ عَصَبَاتٍ، وإنْ لمْ يَكُنْ لَهُمْ سَهْمٌ مُقدَّرٌ.

ثُمَّ أَصْحَابُ الفُرُوضِ صنفان: منهم منْ لاَ يَرِثُ إلاَّ بالفرضيَّة؛ وهُم الزَّوْجَانِ، والأُمُّ، والجَدَّةُ، وولَدُ الأُمِّ، ومنهم مَنْ يَرِثُ بالتَّعْصِيبِ أَيْضاً، ثم مِنْ هؤلاء من لا يَجْمَعُ بين الجِهَتَيْنِ دَفْعةً واحِدةً، بلْ إمَّا أَنْ يَرِثَ بِهَٰذِهِ أو بِهَٰذِهِ، وهُمُ البَنَاتُ وَبَنَاتُ الابْنِ والأخواتُ من الأَبَوَيْنِ، والأخواتُ من الأبِ.

ومنْهُمْ من يَرِثُ بالجهتَيْنِ جميعاً، وعلَىٰ الانفرادِ، وهُوَ الأبُ والجَدُّ[(١)].

والعَصَبَةُ علَىٰ ضربَيْنِ: عَصَبَةٌ بِنَفْسِهِ، وهُوَ كُلُّ ذَكَرٍ يُدْلِي إلَى الميِّتِ بغَيْرِ واسِطَةٍ أو بتَوَسُّطِ محْضِ الذُّكُورِ، وهَؤُلاءِ يأْخُذُونَ جميع المَال إذَا انفرَدُوا.

والباقي بعد أصحابِ الفرائِضِ عنْدَ الاجْتماع، ورُبَّما سَقَطُوا[(٢)].

وعصبة بِغَيْرِهِ، وهمُ البَنَاتُ وبنَاتُ ألابْنِ، والأخَوَاتُ من الأبوَيْنِ، والأخواتُ من الأب، فيتَعصَّبْنَ بإخوتهن، ويتعصَّبُ الأخواتُ من الجهتين بالبناتِ وبناتِ الابْنِ أيضاً[(٣)]، وقد تُجْعَلُ العَصَبَةُ علَىٰ ثَلاثَةِ أضْرُبٍ:

---

(١) كلام الشيخ يشعر بالحصر، وليس كذلك فالأخ الشقيق يشارك الأخوين من الأم في الثلث كما ذكره الشيخ فيما بعد.

(٢) قال النووي[: هذا الذي قاله في حد العصبة، غير مطرد ولا منعكس، فإنه يقتضي دخول الزوج - فإن الغزالي وغيره عدوُّه ممن يدلي بنفسه - وخروج المعتقة، فينبغي أن يقول: هو كل معتق وذَكَر نسيب يدلي إلى آخره].

وقد أجاب في التنقيح عن الأول بأن المراد العصبة من جهة النسب فلا يدخل الزوج فإنه مما يدلي بنفسه فلو قيل بالنسب استقام، وما اختاره من الضابط ناقص أيضاً فإنه لا يدخل فيه معتق العصبة والأحسن أن يقال كل ذي ولاء ذكر نسيب لا يدلي بمحض أنثى.

(٣) ويلتحق به الأخوات مع الجد، فإنه يعصبهم ويكون كالأخ كذا قالوا، وفيه إشكال لأنه لا يخلو إما أن يكون مع الأُخت كالأخ الشقيق أو من الأب أو من الأُم أو أخ رابع ولا جائز أن يكون كالأخ الشقيق وإلا لحجب الأُخت من الأب ولا جائز أن يكون كالأخ من الأب وإلا لحجبته الأُخت الشقيقة ولا جائز أن يكون كالأخ من الأُم، فإنه لا تعصب وليس لنا أخ رابع وقد يكون مرادهم بكونه كالأخ أي من جهة الأُخوة من غير نظر إلى أفرادها.

عصبةٌ بنَفْسِهِ، كَمَا سَبَقَ، وعَصَبَةٌ بِغَيْرِهِ، وهُوَ تعْصِيبُ الأَصْنَافِ الأَرْبَعَةِ بالإِخْوَةِ، وعصبةٌ مَعَ غَيْرِهِ، وهوَ تَعْصِيبُ الأَخَوَاتِ من الجهَتَيْنِ بالبَنَاتِ وبناتِ الابْنِ، ويُفرِّقُ بينَهُما بأنَّا إذَا قُلْنَا: عصبةٌ بالغَيْرِ، فَذَلِكَ الغَيْرُ عَصَبَةٌ، وإذَا قُلْنَا: عَصَبَةٌ مع الغَيْرِ، لَمْ يَجِبْ أنْ يَكُونَ ذَلِكَ الغَيْرُ عَصَبَةً بنَفْسِهِ، وهَذَا تفاُوتٌ في الاصطلاح، والحقيقةُ واحدةٌ، فاْعرِفْ هَٰذِهِ الجملَةَ، وتفاصيلُهَا بين يديْكَ.

جئْنَا إلى المقصودِ بالفَصْلِ، فَنقولُ: للزَّوْجِ نصْفُ المَالِ، إذَا لَمْ يكنْ للميتة وَلَدٌ، ولاَ وَلَدُ ابْنٍ، ورُبعُهُ إذَا [كَانَ] لَهَا وَلَدٌ أو ولدُ ابْنٍ مِنْهُ أو مِنْ غَيْرِهِ.

وللزوْجَةِ الرُّبُعُ، إذَا لَمْ يَكُنْ للميِّتِ وَلَدٌ ولاَ وَلَدُ ابنٍ، والثُّمُنُ، إذَا كَانَ لَهُ وَلَدٌ، أَوْ وَلَدُ ابنٍ منها، أو مِنْ غَيْرِهَا، قالَ اللَّهُ تَعَالَىٰ: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾ وقَالَ: ﴿وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ﴾ [النساء: ١٢] إلَىٰ آخِرِهَا، إلاَّ أنَّ النَّصَّ سَاكِتٌ عَنْ وَلَدِ الابْنِ فقال قائلون: اسْمُ الوَلَدِ يَقَعُ علَىٰ وَلَدِ الابْنِ أَيْضاً، فكانا مرادَيْنِ باللَّفظِ قَدْ ذَكَرْنَا في الوَقْفِ أنَّ اسْمَ الوَلَدِ لاَ يتناوَلُ وَلَدَ الابْنِ في أَصَحِّ الوجْهَيْنِ.

وقَالَ آخَرُونَ: قِسْنَاهُ علَى الولدِ للإجْمَاعِ علَىٰ أنَّه كَوَلَدِ الصُّلْبِ في الإرْثِ والتَّعْصِيبِ، والزَّوْجَتان والثَّلاثُ والأَرْبَعُ يَشْتَرِكْنَ فِي الربعُ أو الثُّمنِ، وَلا يزيدُ حَقُّهُنَّ، فلَو زِدْنَا، لاَسْتَغْرَقَتِ الأربَعُ المالَ، والزَادَ نصيبُهُنَّ علَىٰ نَصيبِ الزَّوْجِ، وَهَٰذَا تَوْجِيهٌ إقْنَاعِيٌّ، وكَفَىٰ بالإجماعِ حُجَّةً.

وقولُهُ في الكتاب «أوْ لَدُ وَلَدٍ وَارِثٌ» لفظُ «وارث» نعْتٌ لـ «الولد» المضافِ، وإنَّما يَكُونُ وَارِثاً، إذَا كَانَ المضافُ إليهِ ابْناً، فإنَّ ابْنَ البِنْتِ لا يَرِثُ ويَخْرُجُ عَنْهُ ما إذَا كَانَ قاتِلاً أو رَقِيقاً، فإنَّ مَنْ لاَ يَرِثُ بِهَٰذِهِ الأَسْبَابِ لاَ يَحْجُبُ، ويجوزُ أنْ يُجْعَلَ عَائِداً إلَىٰ وَلَدِ الصُّلْبِ أيْضاً، فيكونُ بِمَثَابَةِ قولِهِ [تَعَالَىٰ]: ﴿وَجَعَلْنَا ٱبْنَ مَرْيَمَ وَأُمَّهُۥٓ ءَايَةً﴾ [المؤمنون: ٥٠] ولاَ يَجُوزُ أنْ يُقَدَّرَ «الوَارِث» نَعْتاً لـ المضاف إليه؛ لأنَّ وَلَدَ البِنْتِ وَلَدٌ وارِثٌ، وأنَّهُ لاَ يحجب، والله أَعْلَمْ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (أَمَّا الأُمُّ) فَلَهَا الثُّلُثُ إلاَّ فِي أَرْبَعِ مَسَائِلَ، زَوْجٍ وَأَبَوَانِ، وَزَوْجَةٍ وَأَبَوَانِ، فَلَهَا المَسْأَلَتَينِ ثُلُثُ (و) مَا يَبْقَىٰ، وَإِنْ كَانَ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ وَلَدٍ وَارِثٌ، أَوِ اثْنَانِ مِنَ الإِخْوَةِ أَوِ الأَخَوَاتِ فَصَاعِداً، فَلَهَا فِي السُّدُسُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَالَ اللَّهُ تَعَالَىٰ: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ﴾ [النساء: ١١] فنصت الآية علَى أنَّ للأمِّ الثُّلث، إذَا لَمْ يَكُنْ للميِّتِ وَلَدٌ، ولا إخوة له، وعَلَى أنَّ لَهَا السُّدُسُ، إذَا كَانَ لَهُ وَلَدٌ أو إخوةٌ.

وَوَلَدُ الابْنِ مُلْحَقٌ بالوَلَدِ، علَىٰ ما ذَكَرْنَا في ميراثِ الزَّوْجَيْنِ، وإنْ كَانَ له اثْنَانِ من الإخْوَةِ والأَخَوَاتِ أيِّ جِهَةٍ كَانُوا، فَلَهَا السُّدُسُ أيضاً، ولفظُ الآيَةِ «الإخْوَة» وظَاهِرُهُ يقتضي ألاَّ تَنْقُصَ عَنِ الثُّلُثِ باثْنَيْنِ منْهُمْ، لكنَّ قدْ يعبر بلَفظِ الجَمْعِ عَنْ الاثْنَيْنِ. وقَدْ قَالَ ﷺ: «الاثْنَانِ فَمَا فَوْقَهُمَا جَمَاعَةٌ»(١).

وَرُوِيَ أنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ احتجَّ علَىٰ عُثْمَان ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ وقَالَ: «كَيْفَ تَرِدُهَا إلَى السُّدُسِ بالأخَوَيْنِ، وليسا بإخْوَةٍ، قَالَ عُثْمَانُ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ: لاَ أَسْتَطِيعُ رَدَّ شَيْءٍ كَانَ قَبْلِي وَمَضَىٰ فِي الْبُلْدَانِ، وَتَوَارَثَ النَّاسُ بِهِ»(٢).

فأشَارَ إلَىٰ إجماعِهِمْ علَيْهِ قَبْلَ أنْ أظهر ابْنُ عَبَّاسٍ ـ[رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ]ـ الخِلاَفَ.

وأيضاً، فإنَّه حَجْبٌ يتعلَّق بعدد، فكانَ الاثْنَان أوْلَه كَحَجْبِ البَنَاتِ [لِبَنَاتِ] الابْنِ، واحْتَجَّ أيضاً بأنَّه فَرْضٌ يتعيَّن بعَدَدٍ، فَكَانَ الاثْنَان فيه كالثَّلاَثَةِ كفرض البناتِ، فَهَذَانِ فَرْضَانِ للأمِّ، ولَهَا فَرْضٌ ثالثٌ في مسألَتَيْنِ:

إحداهما: إذَا مَاتَتِ امرأةٌ، وخَلَّفَتْ زَوْجاً وأبَوَيْنِ: فللزوجِ النِّصْفُ، وللأمِّ ثُلُثُ مَا يَبْقَىٰ، والباقِي للأبِ.

والثَّانيةُ: ماتَ رجُلٌ وخلَّفَ زَوْجَةً وأبَوَيْنِ، فللزَّوْجَةِ الرُّبُعُ، وللأمِّ الثُّلُثُ مَا يَبْقَىٰ، والباقي للأبِ، وَوَجَّهوهُ بأنَّهُ شارَكَ الأبَوَيْنِ ذُو فَرْضٍ، فيَكُونَ للأمِّ(٣) ثُلُثُ ما فَضَلَ عن الفَرضِ، كَمَا لَو شَارَكَتْهَا بنتٌ، وبأنَّ كُلَّ ذَكَرٍ وأُنْثَىٰ، لو انْفَرَدَا اقْتَسَمَا المَالَ أثْلاثاً، وإذا اجتمعا معَ الزَّوْجِ والزوجةِ، وَجَبَ أنْ يكونَ الفاضِلُ عَنْ فَرضِهِمَا بينهما أثْلاثاً، كالأخِ

(١) رواه ابن ماجة. والحاكم من حديث أبي موسى الأشعري، وفيه الربيع بن بدر وهو ضعيف، وأبوه مجهول، ورواه البيهقي من حديث أنس وقال: هو أضعف من حديث أبي موسى، والدارقطني من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وفيه عثمان الوابصي وهو متروك، وابن أبي خيثمة من حديث الحكم بن عمير، وإسناده واه، وله طريقان آخران، أحدهما: رواه ابن المغلس في الموضح عن علي بن يونس عن إبراهيم بن عبد الرزاق الضرير، عن علي بن بحر عن عيسى بن يونس، عن محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة به ومن دون علي بن بحر مجهولان، والثانية: روى أحمد من طريق عبيد الله بن زحر عن علي بن يزيد عن القاسم عن أبي أمامة: أن رسول الله ﷺ رأى رجلاً يصلي، فقال: ألا رجل يتصدق على هذا فيصلي معه، فقام رجل يصلي معه، فقال: هذان جماعة، هذا عندي أمثل طرق هذا الحديث لشهرة رجاله، وإن كان ضعيفاً، وقد رواه الطبراني من وجه آخر عن أبي أمامة، وقال البخاري في الصلاة من صحيحه: باب اثنان فما فوقهما جماعة، ثم أخرج حديث مالك بن الحويرث فأذنا وأقيما، وليؤمكما أكبركما.

(٢) رواه الحاكم وصححه وفيه نظر. فإن فيه شعبة مولى ابن عباس وقد ضعفه النسائي.

(٣) في ب: للأب وهو خطأ.

والأُخْتِ، وبأنَّ الأَصْلَ في الفرائِضِ أَنَّهُ إِذَا اجتمعَ ذَكَرٌ وَأُنْثَىٰ في دَرَجَةٍ واحِدَةٍ، يكونُ للذَّكَرِ ضِعْفُ مَا لِلأُنْثَىٰ.

فَلَوْ جَعَلْنَا في زَوْجٍ وأَبَوَيْنِ للأمِّ الثُّلُثَ كامِلاً، فَقَدْ فضَّلْنَاهَا على الأَبِ، ولو جَعَلْنَا لَهَا الثُّلُثَ في زَوْجَةٍ وأبَوَيْنِ، لم يَحْصُلْ تفضيلُ الأَبِ علَىٰ النِّسْبَةِ المعهُودَةِ.

قَالَ الإِمَامُ: وهَذَا يُشْكِلُ بمَا إِذَا اجْتَمَعَا معَ الابنِ، ويجوزُ أن يُحْتَجَّ في المسألَتَيْنِ باتِّفَاقِ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنهُمْ - قَبْلَ إِظْهَارِ ابْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - الخِلاَفَ، كَمَا احتَجَّ عثمانُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي المَسْأَلَةِ السَّابقةِ.

واعْلَمْ أَنَّ ما تَأخذُهُ الأُمُّ في المَسْأَلَةِ الأُولَىٰ سُدُسُ المالِ، وفِي الثانيةِ رُبْعُهُ، إلاَّ أَنَّ اللَّهَ - تَعَالَىٰ - جَعَلَ لَهَا الثُّلُثَ عند عَدَمِ الوَلَدِ والإخوةِ، فأَحَبُّوا استيفاءَ لَفظِ الثُّلُثِ مُوَافَقَةً للقُرْآنِ.

وقولُهُ في الكتاب «فَلَهَا الثُّلُثُ إلاَّ فِي أَرْبَعِ مسَائِلَ» أرادَ بالمسألةِ الثَّالِثَةِ: أَنْ يكُونَ للمَيِّتِ وَلَدٌ أو وَلَدُ ابنٍ، وبالرَّابِعَةِ: أَنْ يكُونَ لهُ اثنانِ من الإخوةِ، والأَخَوَاتِ فصَاعِداً، وليْسَ في بناء فَرْضِهِمَا على الثُّلُثِ، واستثناءِ المَسَائِلِ الأَرْبَعِ كثيرُ غَرَضٍ، ولو بني على السُّدُسِ واستَثْنَىٰ ثلاث مسائِلَ: زوجٌ وأَبَوَانِ، وزوجةٌ أبوانِ.

وَإِذَا لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ وَلاَ وَلَدُ ابنٍ ولا اثنانِ مِنَ الإِخْوَةِ والأَخَوَاتِ كانَ مِثْلَهُ أَوْ قَرِيباً مِنهُ.

ولَكَ أَنْ تُعْلِمَ قَوْلَهُ «فَلَهَا فِي المَسْأَلَتَيْنِ ثُلُثُ مَا يَبْقَىٰ» [بالوَاوِ]؛ لأنَّ الشَّيْخَ أَبَا حَاتمٍ القَزْوِينِيَّ - رَحِمَهُ اللَّهُ - لَمَّا حَكَىٰ مَذْهَبَ ابْنِ عبَّاسٍ فِي زَوْجٍ وأبوَيْنِ، وهو أَنَّ للأمِّ الثُّلُثَ كاملاً، قَالَ: وبِهِ قالَ شَيْخُنَا يَعْنِي أَبَا الحَسَنِ بْنَ اللَّبَّانِ.

ورأيتُ في «الإِيجَاز» من جمع الأَخْذَ بقَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - في الصورَتَيْنِ، والله أعلم.

قال الغَزَالِيُّ: **(أَمَّا الجَدَّةُ) فَلَهَا السُّدُسُ أَبَداً وَهِيَ الَّتِي تُدْلِي بِوَارِثٍ، وَلاَ شَيْءَ لأُمِّ أَبِ الأُمِّ لِأَنَّهَا تُدْلِي بِغَيْرِ وَارِثٍ، فَكُلُّ جَدَّةٍ تُدْلِي بِمَحْضِ الإِنَاثِ كَأُمِّ أُمِّ الأُمِّ، أَوْ بِمَحْضِ الذُّكُورِ كَأُمِّ أَبِ الأَبِ، أَوْ بِمَحْضِ الإِنَاثِ إِلَىٰ مَحْضِ الذُّكُورِ كَأُمِّ أُمِّ أَبِ أَبِ الأَبِ فَإِنَّها تَرِثُ (م)، وَإِذَا دَخَلَ فِي نَسَبِهَا إِلَى المَيِّتَ ذَكَرٌ بَيْنَ الأُنْثَيَيْنِ لَم تَرِثْ، وَفِيهِ قَوْلٌ آخَرُ أَنَّ كُلَّ جَدَّةٍ تُدْلِي بِذَكَرٍ فَلاَ تَرِثُ إِلاَّ أُمَّ الأَبِ وَأُمَّهَاتِهَا مِنْ قِبَلِ الأُمِّ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عَنْ قُبيصة بْنِ ذُؤَيْبٍ، قَالَ: جَاءَتِ الجَدَّةُ إِلَىٰ أَبِي بَكْرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - تَسْأَلُهُ عَنْ مِيرَاثِهَا، فَقَالَ: مَا لَكِ فِي كِتَابِ اللَّهِ شَيْءٌ، وَمَا عَلِمْتُ لَكِ فِي سُنَّةِ

رَسُولِ اللَّهِ ﷺ شَيْئاً، فَارْجِعِي، حَتَّى أَسْأَلَ النَّاسَ، فَسَأَلَ النَّاسَ، فَقَالَ المُغِيرَةُ بْنُ شُعْبَةَ: شَهِدتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَعْطَاهَا السُّدُسَ، فَقَالَ: هَلْ مَعَكَ غَيْرُكَ؟ فَقَامَ مُحَمَّدُ بْنُ مُسْلَمَةَ الأَنْصَارِيُّ، فَقَالَ مِثْلُ مَا قَالَ المُغِيرَةُ، فَأَنْفَذَ لَهَا أَبُو بَكْرٍ السُّدُسَ.

ثُمَّ جَاءَتِ الجَدَّةُ الأُخْرَىٰ إِلَىٰ عُمَرَ تَسْأَلُهُ مِيرَاثُهَا، فَقَالَ لَهَا: مَا لَكِ فِي كِتَابِ اللَّهِ شَيْءٌ، وَمَا كَانَ القَضَاءُ الَّذِي قَضَىٰ بِهِ إِلاَّ لِغَيْرِكِ، وما أَنَا بِزَائِدٍ فِي الفَرَائِضِ شَيْئاً، ولكنْ هُوَ ذَلِكَ السُّدُسُ، فإِنِ اجْتَمَعْتُمَا، فَهُوَ بَيْنَكُمَا، وَأَيَّكُمَا خَلَتْ بِهِ فَهُوَ لَهَا(١).

وعَنْ بُرَيْدَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ للجَدَّةِ السُّدُسَ(٢)، إِذَا لَمْ يَكُنْ دُونَهَا أُمٌّ.

والكلامُ في الجَدَّةِ في فُصُولٍ، مِنهَا في جهتها، وسيأْتِي [إِنْ شَاءَ اللَّه ـ تَعَالَىٰ ـ] في «فَصْلِ الحَجْبِ».

ومِنْها بيانُ الَّتِي تَرِثُ مِنَ الجَدَّاتِ، والتي لاَ تَرِثُ، فترِثُ أمُّ الأمِّ، وأُمَّهَاتُهَا المُدْلِيَاتُ بمَحْضِ الإنَاثِ، وأمُّ الأبِ، وَأُمَّهَاتُهَا كَذَلِكَ(٣).

وقد رُوِيَ عَنِ القَاسِمِ بْنِ مُحمَّدٍ أنه قَالَ: جَاءَتِ الجَدَّتانِ إِلَىٰ أَبِي بَكْرٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ فَأَعْطَىٰ أُمَّ الأمِّ المِيرَاثَ(٤) دُونَ أُمِّ الأبِ، فَقَالَ لَهُ بَعْضُ الأَنْصَارِ: أَعْطَيْتَ الَّتِي لَوْ

---

(١) رواه [مالك وأحمد وأصحاب السنن وابن حبان والحاكم من هذا الوجه، وإسناده صحيح لثقة رجاله، إلا أن صورته مرسل، فإن قبيصة لا يصح له سماع من الصديق، ولا يمكن شهوده للقصة قاله ابن عبد البر بمعناه وقد اختلف في مولده، والصحيح أنه ولد عام الفتح، فيبعد شهوده القصة، وقد أعله عبد الحق تبعاً لابن حزم بالانقطاع، وقال الدارقطني في العلل بعد أن ذكر الاختلاف فيه عن الأزهري: يشبه أن يكون الصواب قول مالك ومن تابعه.

قال الحافظ: تنبيه: ذكر القاضي الحسين: أن التي جاءت إلى الصديق أم الأم، والتي جاءت إلى عمر أم الأب، وفي رواية ابن ماجة ما يدل له، وسيأتي فيما بعد: أنهما معاً أتتا أبا بكر، وقد ذكر أبو القاسم بن منده في المستخرج من كتب الناس للتذكرة: أنه روي أيضاً من حديث معقل بن يسار وبريدة وعمران بن حصين كلهم عن النبي].

(٢) رواه أبو داود والنسائي، وقال الحافظ في التلخيص: وفي إسناده عبد الله العتكي مختلف فيه، وصححه ابن السكن.

(٣) وقال الروياني في البحر: الجدة المطلقة هي أم الأم، وأما أم الأب فهل هي جدة على الإطلاق أيضاً كأم الأم أم هي جدة بالتقييد على وجهين، وعلى هذا اختلفوا فيمن يسأل عن ميراث جدة هل يسأل عن أي الجدتين أراد فقال: من جعلها جدة على الإطلاق لا يجاب حتى يسأل، ومن جعلها جدة بالتقييد يجاب عن أم الأم حتى يذكر أنه أراد أم الأب.

قال: والأصح أنه ينظر فإن كان ميراثها يختلف في الفريضة بوجود الأب الذي يحجب أمه لم يجب حتى يسأل عن أي الجدين، وإن كان ميراثهما لا يختلف أُجيب ولم يسأل.

(٤) سقط من: ب.

مَاتَتْ، لَمْ يَرِثْهَا، ومَنَعتَ الَّتِي لَوْ مَاتَتْ وَرِثَهَا، فَجَعَلَ أَبُو بَكْرٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ السُّدُسَ بَيْنَهُمَا[١].

وفِي أُمِّ أب الأَبِ وأمّ مَنْ فَوْقَهُ مِنَ الأَجْدَادِ وأُمَّهَاتِهِنَّ قَوْلاَنِ للشَّافِعِيِّ [ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ] ورِوَايَتَانِ عن زَيْدٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ:

أَصَحُّهُمَا: أَنَّهُنَّ وَارِثَاتٌ[٢]، وبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُ ـ لِمَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَى السُّدُسَ ثَلاَثَ جَدَّاتٍ؛ جَدَّتَيْنِ مِنْ قِبَلِ الأَبِ وَوَاحِدَةً مِنْ قِبَلِ الأُمِّ[٣]؛ وَلِأَنَّهُنَّ جَدَّاتٌ مُدْلِيَاتٌ بِالْوَارِثِينَ فَأَشْبَهْنَ أُمَّ الأَبِ.

والثَّانِي: رَوَاهُ أبو ثور عَنْ الشَّافِعِيِّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ وَبِهِ قَالَ مالِكٌ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ؛ أَنَّهُنَّ لاَ يَرِثْنَ؛ لِأَنَّهُنَّ مُدْلِيَاتٌ بِجَدٍّ فَأَشْبَهْنَ أُمَّ أَبِ الأمِّ.

وقَالَ أَحْمَدُ: لاَ يَرِثُ مِنَ الجَدَّاتِ إلاَّ ثَلاَثٌ: أُمُّ الأُمِّ، وأُمُّ أم الأبِ وأُمُّ أبِ الأَبِ، وأُمَّهَاتُهُنَّ.

وأَمَّا الجَدَّةُ الَّتِي تُدْلِي إلى المَيِّتِ بذَكَرٍ بَيْنَ أُنْثَيَيْنِ، كأُمِّ أب الأم، فإنَّها لاَ تَرِثُ، كَما لاَ يَرِثُ ذَلِكَ الذَّكَرُ، بَلْ هُمَا مِنْ ذَوِي الأَرْحَامِ، كَمَا قَدَّمْنَا.

إِذَا عَرَفْتَ ذَلِكَ، فَفِي ضَبْطِ الجَدَّاتِ الوَارِثَاتِ عَلَى القَوْلِ الصَّحِيحِ عِبَارَتَانِ، ذَكَرَهُمَا فِي الكِتَابِ:

إحداهما: أَنْ يُقَالَ: الوَارِثَاتُ؛ كُلُّ جَدَّةٍ تُدْلي بِمَحْضِ الإناث أَوْ بِمَحْضِ الذكور أو بمحضِ الإناث إلى محضِ الذكورِ.

والثَّانِيَةُ: أنْ يُقَال: الَّتِي لا تُدْلِي بمَحْضِ الوَارِثِينَ غَيْرُ وَارِثَةٍ والبَاقِيَاتُ وَارِثَاتٌ علَى مذْهبِ مالكٍ، والقَوْلُ الذي رَوَاهُ أَبُو ثَوْرٍ لاَ يَرِثُ مِنَ الجَدَّاتِ مَنْ تُدْلِي بِغَيرِ وَارِثٍ، وَلاَ

---

(١) رواه [مالك في الموطإ عن يحيى بن سعيد عن القاسم وهو منقطع، رواه الدارقطني من حديث ابن عيينة، وبين أن الأنصاري هو عبد الرحمن بن سهل بن حارثة].

(٢) رواه الدارقطني من طريق أبي الزناد عن خارجة بن زيد بن ثابت عن أبيه: أنه كان يورث ثلاث جدات إذا استوين، ثنتان من قبل الأب، وواحدة من قبل الأم، وروي من حديث قتادة عن سعيد ابن المسيب عن زيد نحوه، لكن قال: ثنتين من قبل الأم، وواحدة من قبل الأب، ورواه البيهقي من طرق عن زيد بن ثابت نحو الأول وكلها منقطعة. قاله الحافظ في التلخيص.

(٣) رواه الدارقطني بسند مرسل، ورواه أبو داود في المراسيل بسند آخر عن إبراهيم النخعي، والدارقطني والبيهقي من مرسل الحسن أيضاً، وذكر البيهقي عن محمد بن نصر: أنه نقل اتفاق الصحابة والتابعين على ذلك، إلا ما روي عن سعد بن أبي وقاص أنه أنكر ذلك، قال الحافظ ولا يصح إسناده عنه.

مَنْ وقع آخِرِ نَسَبِهَا، أبوانِ فَصَاعِداً، وعلَىٰ مَذهب أحْمَد، ولا الَّتِي يَقَعُ فِي نسبها ثَلاثَةُ آباءٍ.

وقولُهُ في الكتابِ «وهِيَ الَّتِي تُدْلِي بِوَارِثٍ» يَعْنِي أنَّ الجَدَّةَ التي لَهَا السُّدُسُ هِيَ الَّتِي تُدْلِي بوارِثٍ، أو ما أشْبَهَهُ، وإنْ كَانَ المَذْكُورُ مُطْلَقَ الجَدَّةِ.

وَيَجُوزُ أنْ يُعْلَمَ قَوْلُهُ «فَإنَّهَا تَرِثُ» بالمِيمِ والألفِ؛ فإنَّهُنَّ لا يَرِثْنَ جميعاً عِنْدَهُمَا، بلْ فِيهِ التَّفْصِيلُ المَذْكُورُ، والقَوْلُ المَذْكُورُ [آخِراً هوَ] الَّذِي رَوَاهُ أَبُو ثَوْرٍ.

ومنها: بيانُ فرضها، وهُوَ السُّدُسُ.

إذا اجتَمَعَتْ جَدَّتَانِ وارثتانِ فَصَاعِداً، أشْتَرَكْنَ في السُّدُسِ، ولمْ يَزِدْ حَقُّهُنَّ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الأخْبَارِ والآثَارِ، فإنْ كَانَتْ إحْدَى الجَدَّتَيْنِ تُدْلِي بِجِهَتَيْنِ؛ كالمرأةِ تُزَوِّج ابْنَ بِنْتِهَا بِبِنْتِ بنتها الأُخْرَىٰ، فَيُولَدُ لَهُمَا وَلَدٌ، فَهَٰذِهِ المَرْأَةُ أمُّ أمِّ أبِيهِ، وأمُّ أمِّ أمِّه، فإذَا ماتَ الوَلَدُ، وخَلَّفَ هذهِ الجَدَّةَ وجَدَّةً أُخْرَىٰ هِيَ أُمُّ أَبِي أَبِيهِ، فالمَذْهَبُ أنَّهُ يُسَوَّىٰ بَيْنَهُمَا في السُّدُسِ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ.

وعن أبْنِ سُرَيْجٍ وَأَبِي عُبَيْد بْنِ حَرْبَوَيْهِ أَنَّ ثُلُثَي السُّدُسِ لِصَاحِبَةِ القَرابَتَيْنِ، وثُلُثُهُ لِلأُخْرَىٰ تَوْرِيثاً لَهَا بالجِهَتَيْنِ، كَمَا يَرِثُ ابْنُ العَمِّ الَّذِي هُوَ أَخٌ لأمٍّ من الجِهَتَيْنِ، ومَنْ نَصَرَ المذهبَ قَالَ: إنَّمَا يُوَرَّثُ بالقَرَابَتَيْنِ، إِذَا أخْتَلَفَتَا، والجُدُودَةُ قَرَابَةٌ واحِدَةٌ.

ومِنْ هَذَا القَبِيلِ ما إِذَا نَكَحَ أبْنُ ابن المَرْأَةِ بِنْتَ بِنْتِهَا، فَوُلِدَ لَهُمَا وَلَدٌ، فالمَرْأَةُ أُمُّ أَبِي أَبِيهِ، وأُمُّ أمِّ أُمِّهِ، ويَجُوزُ أَنْ تَكُونَ الوَاحِدَةُ جَدَّةً من ثَلاثَةِ أوجُهٍ وأكثَرَ، كَمَا إِذَا نَكَحَ الوَلَدُ فِي المثالَيْنِ حافدةً أُخْرَىٰ لِتِلْكَ المَرْأَةِ، وَوُلِدَ لَهُمَا وَلَدٌ، تكُونُ المَرْأَةُ جدَّةً للوَلَدِ الثَّانِي مِنْ ثَلاثَةِ أوْجُهٍ، ويَجْرِي الخِلافُ فِيهَا، فَعَلَىٰ المَذْهَبِ يُوَزَّعُ السُّدُسُ علَى الرؤوسِ، وَعَلَى الوَجْهِ الآخَرِ يُوزَّع علَى الجِهَاتِ.

ومِنْهَا القَوْلُ فِي تَنْزِيلِ الجَدَّاتِ، وَلَمْ يَتَعَرَّضْ لَهُ في الكِتَابِ، وتَلْخِيصُ مَا قِيلَ فِيهِ علَىٰ طُولِهِ أنْ يقالَ: لَكَ أبٌ، وأمٌّ، وهُمَا الوَاقِعانِ في الدرجة الأولَىٰ من درجاتِ أُصُولِكَ، ثُمَّ لِأَبِيكَ أبٌ، وكَذَلِكَ لِأُمِّكَ، فالأربعةُ هُمُ الوَاقِعُونَ في الدرَجَةِ الثَّانِيةِ مِنْ دَرَجَاتِ أُصُولِكَ، وهَٰذِهِ الدَّرَجَةُ هي الأولَىٰ من دَرَجَاتِ الأَجْدَادِ وَالجَدَّاتِ، ثُمَّ أُصُولُكَ فِي الدَّرَجَةِ الثَّالِثَةِ ثَمَانِيَةٌ؛ لأنَّ لِكُلِّ واحِدٍ مِنَ الأربَعَةِ أباً وأمّاً، فَتَضْرَبُ الأَرْبَعَةُ في أثْنَيْنِ، وفِي الدَرجةِ الرَابِعَةِ: سِتَّةَ عَشَرَ، وفِي الخَامِسَةِ: اثنَانِ وَثَلاثُون كمِثْلِ ذَلِكَ، والنِّصْفُ مِنَ الأُصُولِ فِي كلِّ دَرَجةٍ ذُكور، والنصفُ إِنَاثٌ، وهُنَّ الجدَّاتُ، ففي الدَّرَجَةِ الثَّانِيَةِ من الأُصُولِ جَدَّتانِ، وفِي الثَّالِثَةِ أرْبعٌ، وفي الرَّابِعَةِ ثَمَانٍ، وفِي الخَامِسَةِ ستةَ عَشَرَ، وهَكَذَا يتضاعَفُ عَدَدُهُنَّ في كُلِّ درجةٍ، ثُم مِنْهُنَّ وارثاتٌ وغَيْرُ وَارِثَاتٍ، فإذَا سُئِلْتَ عن عَدَدِ

مِنَ الجَدَّاتِ الوارثاتِ علَىٰ أقرَبِ ما يُمْكِنُ مِنَ المِنَازِلِ، فاْجعَلْ درجهن بالعَدَد الذي سئلْتَ عنْهُ، ومحض نسْبة الأولىٰ إلى المَيِّتِ من أُمَّهات، ثُمَّ أَبْدِلْ مِنْ آخر نسبة الثانية أمّا بأب، وفي آخِر نِسْبة الثالِثةِ أُمَّيْن بأبوَيْنِ، وهَكَذَا يَنْقُصُ من الأُمَّهَاتِ، وتَزِيدُ في الآبَاءِ حتَّى تتمحضن نِسْبَةُ الأخيرة آباء.

مثاله: سُئلْتَ عنْ أرْبَع جَدَّاتٍ، فقُلْ: هُنَّ: أُمُّ أُمِّ أُمِّ أُمّ، وأُمُّ أُمِّ أُمِّ الأب، وأم أم أبي أب وأم أبي أبي أب، فالأولى من جِهةِ أُمِّ الميِّتِ، والثانية من جهةِ أبِيهِ، والثَّالِثةُ مِنْ جِهَةِ جَدِّهِ، والرابعةُ مِنْ جِهةِ أبِي جَدِّهِ، وَهَكَذَا، إذَا زدتَّ، زدتَّ لكلِّ واحدةٍ أباً. وإذا أردتَّ معرفةَ مَنْ يُحَاذِىٰ الوَارِثَاتِ مع السَّاقطَاتِ، فإنْ كَانَ السُّؤالُ عن جدتَيْنِ على أقرب ما يُمْكِنُ، فلَيْسَ في دَرَجَتِهِما غَيْرُهُمَا، وإنْ كَانَ السُّؤالُ عن أكثر، فَأَلْقِ مِنْ عَدَدِ الوَارِثَاتِ اثْنَيْنِ أبداً، وضَعِّفِ الاثْنَيْنِ بعَدَدِ ما بَقِيَ مِنْهُنَّ، فما بَلَغَ، فَهُوَ عَدَدُ الجَدَّاتِ، في تِلْكَ الدرجةِ الوَارِثَاتُ والسَّاقِطَاتُ، فإذَا أَسْقَطْتَ مِنْهُنَّ الوَارِثَاتِ، فَالباقِيَاتُ السَّاقِطَاتُ.

مِثَالُهُ: خُذ مِنَ الأربع اثْنَيْنِ وَضَعِّفْهُمَا مَرَّتَيْنِ؛ لأنَّ البَاقِي اثْنَانِ، فيبلغُ ثَمَانِيَةً، فَهُنَّ عَدَدُ الوَارِثَاتِ والسَّاقِطَاتِ، فإذَا فَرَضْتَ ثَلاَثَ جَدات؛ فخُذ من الثلاثةِ اثْنَتَيْنِ وضَعِّفْهُمَا مرَّة: لأنَّ البَاقِيَ واحدٌ، فيبلغ أربَعةً، فَهِيَ عددهُنَّ وفي هذهِ الدَّرَجَة ثلاثُ وارثات، ووَاحدةٌ ساقطةٌ، واعْلَمْ أنَّ الوارثاتِ في كلِّ درجةٍ من درجاتِ الأُصُولِ بعَدَد تلْكَ الدرجَة، ففي الثانيةِ اثْنتانِ، وفي الثالثةِ ثلاثٌ، وفي الرابعة أرْبَعٌ، وهَكَذَا في كلِّ درجةٍ لا تزيدُ إلاَّ وَارِثةٌ واحدةٌ، وإنْ تَضَاعَفَ عَدَدُهُنَّ في كلِّ درجةٍ، وسَبَبُهُ أنَّ الجَدَّاتِ ما بَلَغْنَ نِصْفَهُنَّ مِنْ قِبَلِ الأُمِّ، ونِصْفَهُنَّ مِنْ قِبَلِ الأبِ، ولا يَرِثُ من قِبَلِ الأمِّ إلاَّ وَاحِدَةٌ، والبَاقِيَاتُ مِنْ قِبَلِ الأبِ، فإذَا صَعَّدْنَا درجةً، تبدَّلت كلُّ واحدةٍ مِنْهُنَّ بأُمِّهَا، وزَادَتْ أُمُّ الجَدِّ الَّذِي صَعَّدْنَا إليه، ولا يَخْفَىٰ أنَّ مُعْظَمَ مَا ذَكَرْنَا مِنْ تنزيلِ الجَدَّاتِ مبنيٌّ علَى القَوْلِ الصَّحِيحِ، فأمَّا علَىٰ ما رَوَاهُ أبُو ثَوْرٍ، فلا يرثِ إلا جَدَّتَانِ، والله أعلم.

قال الغَزَالِيُّ: (**أَمَّا الأَبُ وَالجَدُّ) فَلِلأَبِ السُّدُسُ بِالفَرِيضَةِ المَحْضَةِ إنْ كَانَ لِلمَيِّتِ وَلَدٌ ذَكَرٌ وَارِثٌ** (م)، **وَلَهُ كُلُّ المَالِ أَوْ مَا بَقِيَ بِالعُصُوبَةِ المَحْضَةِ إذَا لَمْ يَكُنِ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ وَارِثٌ، فَإنْ كَانَ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ أُنْثَىٰ وَارِثَةٌ فَلَهُ السُّدُسُ بالفَرِيضَةِ، وَمَا يَبْقَىٰ مِنَ الفَرَائِضِ بالعُصُوبَةِ، وَيُجْمَعُ بَيْنَ الفَرْضِ وَالتَّعْصِيبِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: للأبِ في الميراثِ ثَلاَثُ حالاتٍ: حالةٌ يَرِثُ فِيها بمحضِ الفَرْضِيَّةِ، وهِيَ أنْ يَكُونَ مَعَ الأبِ ابْنٌ أو ابْنُ ابنٍ، فلهُ السُّدُسُ، قالَ اللَّهُ تَعَالَىٰ: **﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾** [النساء: ١١] والبَاقِي للابن أو ابنِ الابنِ، لأنَّهُمَا أَقْوَىٰ في العُصُوبَةِ.

وحالةٌ يَرِثُ فِيهَا بمحْضِ التَّعْصِيبِ وهيَ ألاَّ نُخلِّفَ غيرَهُ فلهُ جميعُ المالِ بالعُصُوبَةِ، وكذَا إذَا اجْتَمَعَ مَع ذِي فَرْضٍ، لَيْسَ بولَدٍ ولاَ ولدِ ابْنٍ؛ كزوْجٍ وأُمٍّ أو جَدَّةٍ، فيَأخُذُ ذو الفَرْضِ فرْضَهُ، والبَاقِي للأَبِ بالعُصُوبَةِ.

وحالةٌ يَرِثُ فيهَا بالجهتَيْنِ معاً، وهِيَ ما إذَا اجتمعَ معهُ بِنْتٌ أو بنتُ ابْنٍ، فلهُ السُّدُسُ بالفَرْضِيَّةِ؛ لأنَّ الآيَةَ لَمْ تَفصِلْ بينَ أنْ يكُونَ الوَلَدُ ذَكَراً أَوْ أُنْثَىٰ، والبَاقِي بعدَ الفَرْضِ يأخذُهُ بالعُصُوبَةِ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «فَمَا أَبْقَتِ الفَرائِضُ، فَلأَوْلَىٰ رَجُلٍ ذَكَرٍ»(١).

قَالَ الإمَامُ: الجَمْعُ بَيْنَ الفَرْضِ والتَّعْصِيبِ يتَّفِقُ في صُوَرٍ: كَزَوْجٍ هُوَ مُعْتِقٌ، أَوْ ابْنُ عَمٍّ، وكابْنَيْ عَمٍّ، أَحَدُهُمَا أَخٌ لأُمٍّ، لكنَّهُ يستَنِدُ إِلَىٰ سَبَبَيْنِ مختَلِفَيْنِ، فأمَّا الجَمْعُ بَيْنَهُمَا بسَبَبٍ واحِدٍ، وهُوَ الأُبُوَّةُ، فقد امتازَ بِهِ الأَبُ عَنْ سَائِرِ الوَرَثَةِ، وهَل الجَدُّ كالأَبِ؟ فيهِ؟ اختَلَفَ الفَرَضِيُّونَ فمِنْ قَائِلٍ نَعَمْ، وبهِ قَطَعَ الشَّيْخُ أبو مُحَمَّدٍ، ومِنْ قَائِلٍ لاَ يَقُولُ: للبِنْتِ النِّصْفُ، والبَاقِي للجَدِّ؛ لأنَّا إنَّمَا جَمَعْنَا بين الجِهَتَيْنِ في حَقِّ الأَبِ(٢) والمشهورُ أنَّه كالأبِ؛ لِظاهِرِ الآيةِ، وهَٰذَا الخِلاَفُ يَرْجِعُ إلى العِبَارَةِ، وما يأخذ أنه واحدٌ.

وقولُهُ فِي الكتَابِ: «إنْ كَانَ للمَيِّتِ وَلَدٌ ذَكَرٌ وَارِثٌ» وقولُهُ بَعْدَ ذَلِكَ «فإنْ كَانَ لِلميِّتِ وَلَدٌ أُنْثَىٰ وَارِثَةٌ» تطويلُ لفظٍ لاَ حاجةَ إليه؛ لأنَّ الابْنَ يَقُومُ مَقَامَ الوَلَدِ [الذَّكَرِ، والبِنْتَ مَقَامَ الوَلَدِ](٣) الأنْثَىٰ.

وأمَّا الوراثة فسيأتِي، [إنْ شَاءَ اللَّه تَعَالَىٰ]، أنَّ مَن لا يَرِثُ، لاَ يَحْجُبُ [بحالٍ]، بل وجُودُهُ كَعَدَمِهِ والأصولُ الكلِّيةُ لا تتكرر في آحادِ الصُّوَرِ، وإنْ تَوَهَّمَ مُتَوهمٌ أنَّ الغَرَضَ مِنْ هَٰذَا اللَّفْظ أنْ يَتَنَاوَلَ وَلَدَ الابنِ، ومَنْ وصَفَه بالإرْث أنْ يَخْرُجَ وَلَدُ البِنْتِ، فَلَيْسَ بقَوم؛ لأنْ تَنَاوُلَ الوَلَدِ لِوَلَد الابْنِ كتَنَاوُلِ الابْنِ والبِنْتِ لوَلَدِ الابْنِ والبنتِ ولا فرقَ.

قال الغَزَالِيُّ: **وَالجَدُّ فِي مَعْنَىٰ الأَبِ، إلاَّ فِي مَسْأَلَتَينِ (إِحْدَاهُمَا) أَنَّ الأَبَ يُسْقِطُ الإِخْوَةَ وَالجَدُّ يُقَاسِمُهُمْ (ح) (الثَّانِيَةُ) أَنَّ الأَبَ يَرُدُّ الأُمَّ إِلَىٰ ثُلُثِ مَا يَبْقَىٰ إِذَا كَانَ فِي الْمَسْأَلَةِ زَوْجٌ وَأَبَوَانِ، أَوْ زَوْجَةٌ وَأَبَوَانِ، وَالجَدُّ لاَ يَرُدُّهَا بَلْ لَهَا مَعَ الجَدِّ الثُّلُثُ كَامِلاً.**

---

(١) تقدم.

(٢) سقط من: د.

(٣) سقط من: ب.

في بيان المسائل المستثناة من مشابهة الجد الأب

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الجدُّ كالأب في الميراثِ إلاَّ في مسائِلَ:

إحداها: الأَبُ يُسْقِطُ الإخوةُ والأَخَوَاتِ، والجَدُّ لا يُسْقِطُهُمْ، إذَا كَانُوا مِنَ الأَبَوَيْنِ أو منَ الأَبِ، بل يُقَاسِمُهُمْ، والكَلاَمُ في الطَّرَفَيْنِ سيأتي.

والثانيةُ: الأَبُ يردُّ الأمَّ إلى ثُلُثِ ما يَبْقَىٰ في صورتَيْن: زوج وأبَوَيْن، وزوْجَةٍ وأبوَيْنِ، كَمَا سَبَقَ، ولَوْ كَانَ في المَسْأَلَةِ زَوْجٌ وَجَدٌّ، وأُمٌّ أو زوجةٌ وَجَدٌّ وأمٌّ، فالجَدُّ لاَ يَرُدُّهَا إلى ثُلُثِ مَا يَبْقَىٰ بَلْ لَهَا الثُلُثُ كَامِلاً؛ لأَنَّ الجَدَّ لا يُساوِيها في الدَّرَجَةِ، فلا يَلْزَمْ تَفْضِيلُهُ عَلَيْهَا.

والثَّالِثَةُ: الأَبُ يُسْقِطُ أُمَّ نَفْسِهِ، وأُمَّ كُلِّ جَدٍّ، والجَدُّ لاَ يُسْقِطُ أُمَّ الأَبِ، وإِنْ أَسْقَطَ أُمَّ نَفْسِهِ وسيَعُودُ هَٰذَا في الحَجْبِ، وأبو الجَدِّ ومَنْ فَوْقَهُ كَالجَدِّ، لكنْ كُلُّ واحِدٍ يَحْجُبُ أُمَّ نَفْسِهِ، ولاَ يَحْجُبُهَا مَنْ فَوْقَهُ، وَإِذَا لَمْ يَجْمَعِ الجَدُّ بينَ الفَرْضِ والتَّعْصِيبِ، كَانَ الجَدُّ مُفَارِقاً فِيهِ أَيْضاً، لكنَّ تلْكَ كل المفارقة لفَظِيَّةٌ[1]، ولا يَخْفَىٰ بعد هَٰذَا أَنَّ الاسْتِثْنَاءَ غَيْرُ مُنْحَصِرٍ فِيمَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ، وأَنَّ قَوْلَهُ «والجَدُّ يُقَاسِمُهُمْ» غيرُ مُجْرىً علَى إطلاقِهِ، ثُمَّ يجوزُ أن يُعْلَمَ بِرُقُومِ مَنْ يُخَالِفُ في مقَاسَمَةِ الجَدِّ والإِخْوَةِ وسَنَذْكُرُهُمْ.

قال الغَزَالِيُّ: **(أَمَّا الأَوْلاَدُ) فَالاِبْنُ الوَاحِدُ يَسْتَغرِقُ جَمِيعَ المَالِ، وَكَذَا الجَمَاعَةُ، وَإِنْ كَانَ مَعَهُمْ أُنْثَىٰ فَالْمَالُ بَيْنَهُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ، وَلِلْبِنْتِ الوَاحِدَةِ النِّصْفُ، وَلِلْبِنْتَيْنِ فَصَاعِداً الثُّلُثَانِ، وَأَمَّا أَوْلاَدُ الابْنِ إِذَا انْفَرَدُوا فَحُكْمُهُمْ حُكْمُ أَوْلاَدِ الصُّلْبِ.**

«فصل في الأولاد»

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ألابْنُ الوَاحِدُ يستغرِقُ جَمِيعَ المال بالإِجْمَاعِ، ثُمَّ اسْتَأْنَسُوا بوجْهَيْنِ.

---

(١) ما ذكره الرافعي من أن الخلاف لفظي ممنوع بل له فائدتان:

إحداهما: ما لو أوصى بثلث ما يبقى بعد إخراج الفرض، فإن قلنا: يأخذ السدس فرضاً، والباقي بالتعصيب قسم الثلث الباقي أثلاثاً فيكون موصى له بثلث الثلث وهو التسع، وإن قلنا: الجميع بالتعصيب قسم النصف أثلاثاً فيكون موصى له بالسدس لكن ينبغي هذا على مسألة أخرى في الوصية وهي ما إذا دخل على بعض ورثته ما يضره دون الباقي وهي المشهورة بمسألة الضيم فإن له ابن يرد فيهما يخصه من ذلك القدر. انتهى ما أردته منه، وما ذكره ذكره غيره أيضاً من شراح المنهاج وغيرهم ولمَ لا يقال لا ضيم في الصورة المذكورة، وإنما يقدر ذلك لمعرفة قدر الوصية فإذا خرج القدر الموصى به يقسم الباقي على الحال الذي لا وصية فيه.

أَحَدُهُمَا: أَنَّه أَقْوَىٰ مِنَ العَصَبَاتِ، وهَٰذَا شَأْنُ العَصَبَةِ إِذَا أَنْفَرَدُوا.

والثاني: أنَّ من خَلَّفَ ابناً وبنتاً، أَخَذَا الابْنُ ضِعْفَ ما أَخَذَتِ البنْتُ، إذا أَنْفَرَدَتْ تأْخُذُ النِصْفَ، والابن إذا انفردَ وجَبَ أنْ يأْخُذَ ضعْفَها، وهو الكُلُّ، وكذلك الاثنانِ والجماعةُ منَ الأبناء يستغرقُونَ المَالَ للبنْتِ الواحدَةِ النِّصْفُ؛ لقولهِ تَعَالَىٰ: **﴿وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾** [النساء: ١١] وللبنتَيْنِ فصاعداً الثُّلُثَانِ؛ لما رُوِيَ أنَّ امرأةً مِنَ الأَنْصَار أَتَتْ رسُولَ اللَّهِ ﷺ وَمَعَها ابنتان، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، هاتان ابْنَتَا سَعْدِ بْنِ الرَّبِيعِ، قُتِلَ أَبُوهُمَا مَعَكَ يَوْمَ أُحُدٍ، وَأَخَذَ عَمُّهُمَا مَالَهُ، ووَاللَّهِ، لا تُنْكَحَانِ وَلاَ مَالَ لَهُمَا، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: يَقْضِي اللَّهُ تَعَالَىٰ فِي ذَلِكَ فَنَزَل قَوْلُهُ تَعالَىٰ: **﴿فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾** [النساء: ١١] فَدَعَا النَّبِيُّ ﷺ المرأةَ وَصَاحِبَهَا، فَقَالَ: **«أَعْطِ البِنْتَيْنِ الثُّلُثَيْنِ، وَالْمَرْأَةَ الثُّمُن وَخُذِ الْبَاقِي»**[1].

ولَمَّا بينت السُّنَّةُ ذلك، قيل: كلمةُ «فَوْقَ» زائِدَةٌ كقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: **﴿فَاضْرِبُوا فَوْقَ الْأَعْنَاقِ﴾** [الأنفال: ١٢]، وقيلَ: المعنى أثْنَتَيْنِ فَمَا فَوْقَهُمَا.

وإِذَا اجتَمَعَ البَنُونُ والبَنَاتُ، فللذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَىٰ: **﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾** [النساء: ١١]، قَالَ اللَّهُ تَعَالَىٰ: **﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾** [النساء: ١١] الآية.

هَٰذَا حُكْمُ أَوْلادِ الصُّلْب، إِذَا انفَرَدُوا، ولَمْ يَكُنْ مَعَهُمْ أولادُ ألابنِ، وَكَذَلِكَ حُكْمُ أولادِ ألابنِ، إِذَا أنْفَرَدُوا بِلاَ فَرْقٍ، والله أعلم.

قال الغَزَالِيُّ: **وَإِذَا اجْتَمَعَ أَوْلاَدُ الصُّلْبِ وَأَوْلاَدُ الابْنِ فَإِنْ كَانَ فِي أَوْلاَدِ الصُّلْبِ ذَكَرٌ سَقَطَ أَوْلاَدُ ألابْنِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ نُظِرَ، فَإِنْ كَانَتْ بِنْتٌ وَاحِدَةٌ فَلَهَا النِّصْفُ، ثُمَّ يُنْظَرُ إِلَىٰ أَوْلاَدِ الابْنِ فَإِنْ كَانَ فِيهِمْ ذَكَرٌ فَالبَاقِي بَيْنَهُمْ ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَكَرٌ فَسَوَاءٌ كَانَتْ بِنْتٌ وَاحِدَةٌ أَوْ بَنَاتٌ فَلَهَا أَوْ لَهُنَّ السُّدُسُ تَكْمِلَةَ الثُّلُثَيْنِ، أَمَّا إِذَا كَانَ مِنَ الصُّلْبِ بِنْتَانِ فَصَاعِداً فَلَهُنَّ الثُّلُثَانِ، ثُمَّ يُنْظَرُ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي أَوْلاَدِ ألابْنِ ذَكَرٌ سَقَطْنَ إِذْ لَمْ يَبْقَ مِنْ فُرُوضِ البَنَاتِ شَيْءٌ وَهُوَ تَكْمِلَةُ الثُّلُثَيْنِ، وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ ذَكَرٌ فَلَهُ المَالُ، أَوْ ذَكَرٌ مَعَ الأُنْثَىٰ فَالمَالُ لَهُمْ، وَتَتَعَصَّبُ الأُنْثَىٰ بِأَخِيهَا، وكَذَا بِذَكَرٍ هُوَ أَسْفَلُ مِنْهَا كَابْنِ أَخِيهَا أَوْ ابْنِ ابْنِ أَخِيهَا وَإِنْ سَفَلَ.**

(١) رواه [أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجة والحاكم، من حديث عبد الله بن محمد بن عقيل عن جابر، ووقع في رواية لأبي داود: هاتان بنتا ثابت بن قيس، قال أبو داود: وهو خطأ].

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذَا اجْتَمَعَ أَوْلاَدُ الصُّلْبِ وأولادَ الابْنِ، إمَّا مِنَ ابْنٍ واحِدٍ، أو مِنْ ابْنَيْنِ فصاعداً، فإمَّا أَنْ يَكُونَ فِي أولادِ الصُّلْبِ ذَكَرٌ، فَلاَ شَيْءَ لأَولادِ الابْنِ، بلْ يَحْجُبُهُمْ لقُرْبِهِ، أو لاَ يَكُونَ، فَوَلَدُ الصُّلْبِ، إمَّا بِنْتٌ وَاحِدَةٌ أو أَكْثَرُ، وإن لَمْ يَكُنْ إلاَّ بنتٌ وَاحِدَةٌ، فَلَهَا النِّصْفُ، ثُمَّ يُنْظَرُ: فإنْ كَانَ وَلَدُ الابْنِ ذكراً، فَالبَاقِي لَهُ، وكَذَا لَو وُجِدَ ذَكَرانِ أو ذُكُورٌ، وإنِ اجْتَمَعَ ذُكُورٌ، وإنَاثٌ، فالبَاقِي بَيْنَهُمْ ﴿**لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ**﴾، وإنْ كَانَ وَلَدُ الابنِ أنثىٰ واحدةً، فلَهَا السُّدُسُ تَكْمِلَةَ الثُّلُثَيْنِ؛ لِمَا رُوِيَ عَن هزيل بن شُرَحْبيلَ - بالزاي - أنه قالَ: سُئِلَ أَبُو مُوسَىٰ عَنْ بِنْتٍ وَبِنْتِ ابْنٍ وَأُخْتٍ، فَقَالَ: لِلْبِنْتِ النِّصْفُ، وللأخت النِّصْفُ، وَأْتُت ابنَ مَسْعُودٍ فَسَيُتَابِعُني فسئِلَ ابْنَ مَسْعُودٍ، وأُخْبِرَ بِقَوْلِ أَبِي مُوسَىٰ، فَقَالَ: لَقَدْ ضَلَلْتُ إذنْ وَمَا أَنَا مِنَ المُهْتَدِينَ، لأَقْضِيَنَّ فِيهَا بِمَا قَضَىٰ النَّبِيُّ ﷺ: لِلبِنْتِ النِّصْفُ، ولِبِنْتِ الابنِ السُّدُسُ [تكملة الثلثين] وَمَا بَقِيَ فللأخت، فَأَتَيْنَا أَبَا مُوسَىٰ، فَأَخْبَرْنَاهُ بقَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ، فَقَالَ: لاَ تَسْأَلُونِي مَا دَامَ هَٰذَا الْحِبْرُ فِيكُمْ وبَيْنَكُم[1].

وَإنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فصاعداً، فالسُّدُسُ لَهُنَّ؛ لأَنَّ البَنَاتِ لاَ يَسْتَحْقِقْنَ أكْثَرَ مِنَ الثُّلُثَيْنِ، فَالبِنْتُ وبنتُ الابنِ أَوْلَىٰ بذَلِكَ؛ لأَنَّ البَنَاتِ يُسَوَّىٰ بَينَهُنَّ، وتُرَجَّحُ البِنْتُ عَلَى بناتِ الابنِ لقُرْبِها، وإنْ كانَ مِنْ أولادِ الصُّلْبِ بنتَانِ فصَاعِداً، فَلَهُنَّ الثُّلُثَانِ، ولاَ يُفْرَضُ لِبَنَاتِ الابْنِ شيء، لأَنَّهُنَّ إنَّمَا يَأْخُذْنَ الثُّلُثَيْنِ عِنْدَ عَدَمِ البَنَاتِ أوْ مَا بَقِيَ مِنَ الثُّلُثَيْنِ؛ وَلِذَلِكَ سُمِّيَ هَٰذَا السُّدُسُ تَكمِلَةَ الثُّلُثَيْنِ، لَكِنْ لَوْ كَانَ مَعَهُنَّ أوْ أَسْفَلَ مِنْهُنَّ ذَكَرٌ عَصَّبَهُنَّ وكانَ البَاقِي بينهُمْ للذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ، وأمَّا تَعْصِيبُ مَنْ فِي دَرَجَتِهِنَّ إيَّاهُنَّ، فَكَمَا يُعَصِّبُ الابنُ البَنَاتِ، والأَخُ الأخَوَاتِ، والَّذِي فِي دَرَجَتِهِنَّ قَدْ يَكُونُ أَخَاهُنَّ، وقَدْ يكُونُ أَخَا بعضِهِنَّ، ويُسمَّى [الأخ] المبارَكَ، وَقَدْ يكونُ ابْنَ عَمِّهِنَّ، وأَمَّا تَعْصِيبُ مَنْ هُوَ أَسْفَلُ مِنهُنَّ؛ فلأنَّه لاَ يُمْكِنُ إسْقَاطُهُ؛ لأنَّهُ عَصَبَةٌ ذَكَرٌ، [وَأَمَّا إذَا] لَمْ يَسْقِطْ، فَكَيْفَ يَجوزُ حرْمانُ مَنْ فَوْقَهُ؟ وكيفَ يُفْرَدُ بالمِيرَاثِ مع بُعْدِه، ولَوْ كَانَ في دَرَجَتِهِنَّ، لَمْ يُفْرَدْ مَع قُرْبِهِ، ولِهٰذَا لاَ يُعَصِّبُ مَن هِيَ أسفَل مِنْهُ، ولا يُعَصِّبُ التي فَوْقَهُ، إذَا أَخذَتْ شَيْئاً، وذَلِكَ فيما إذَا خَلَّفَتْ بنتُ صُلْبٍ واحِدَةً، وبنتَ ابْنٍ، وابنَ ابْنِ ابنٍ، وبِنْتَ ابنِ ابنٍ، فَلِلْبِنْتِ النِّصْفُ، ولبنْتِ الابْنِ السُّدُسُ، والبَاقِي بَيْنَ الأَسْفَلين أَثْلاَثاً [لأنَّ الَّتِي فَوْقَهُ غَيْر مَحْرُومَةٍ، فَجَرَيْنَا علَى القِياسِ، وأَوْلادُ ابنِ الابنِ مَعَ أولادِ الابنِ، كأولادِ الابْنِ معَ أولاد

---

(١) رواه [أحمد والبخاري وأبو داود، والترمذي وابن ماجة والحاكم، من هذا الوجه، زاد من عدا البخاري: جاء رجل إلى أبي موسى، وسلمان بن ربيعة، والباقي نحوه (تنبيه) هزيل قيده الرافعي في الأصل بالزاي وإنما صنع ذلك مع وضوحه: لأنه وقع في كلام كثير من الفقهاء هذيل بالذال، وهو تحريف.

الصُّلْبِ، في كلِّ تفصيلٍ، وَكَذَا فِي كُلِّ دَرَجَةٍ نَازِلَةٍ مَعَ درجةٍ عَالِيَةٍ](١) حَتَّى؛ إِذَا خَلَّفَ بِنْتَ ابْنٍ وبِنْتَ ابْنِ ابْنٍ، فللْعُليا النِّصْفُ، وللسفلى السُّدُسُ، ولوْ خَلَّفَ بنتي ابْنٍ وبِنْتَ ابْنِ ابنٍ، فَلِبِنْتَيْ الابْنِ الثُّلثَانِ، ولَيْسَ للسُّفْلَى شيْءٌ، إلاَّ أنْ يكُونَ في دَرَجَتِهَا أوْ أسْفَلَ مِنْهَا مَنْ يُعَصِّبُها.

وقولُهُ فِي الكِتَابِ: «وتتَعَصَّبُ الأُنْثَىٰ بأخِيهَا، وَكَذَا بِذَكَرٍ هُوَ أسفَل مِنْهَا كابْنِ أَخِيهَا أو ابْنِ ابْنِ أَخِيهَا، وإنْ سَفَلَ هَذَا بَعْضُ صُوَرِ [التَّعْصِيبِ، ولَيْسَ يُشْتَرطُ أنْ يَكُونَ المُعَصِّبُ أخاً أو ابْنَ أخٍ، بلْ قَدْ يكُونُ ابْنَ عَمِّهَا أو ابنَ ابنِ عَمِّها، كَمَا سَبَقَ.

قَالَ الفَرَضِيُّونَ: ولَيْسَ في الفَرَائِضِ مَنْ يُعَصِّبُ أُخْتَهُ و](٢) عَمَّتَهُ وَعمَّةَ أبيهِ وجدهِ وبناتِ أعْمَامِهِ، وبناتِ أعْمَامِ أبيهِ، وَجَدِّهِ إلاَّ المستغل(٣) مِنْ أولادِ الابْنِ، واللَّهُ أعلمُ.

قال الغَزَالِيُّ: **(وَأمَّا الإِخْوَةُ وَالأَخَوَاتُ) إِنْ كَانُوا لِأَبٍ وَأُمٍّ فَحُكْمُهُمْ عِنْدَ الانْفِرَادِ حُكْمُ أَوْلاَدِ الصُّلْبِ، وَكَذَا الإِخْوَةُ وَالأَخَوَاتُ مِنَ الأَبِ إِذَا انْفَرَدُوا فَهُمْ كَإِخْوَةِ الأَبِ وَالأُمِّ، إِلاَّ فِي المَسْأَلَةِ المُشْتَرِكَةِ، وَهِيَ زَوْجٌ وَأُمٌّ وَأَخَوَانِ لِأُمٍّ وَأَخٌ لِأَبٍ وَأُمٍّ، فَلِلزَّوْجِ النِّصْفُ وَلِلأُمِّ السُّدُسُ وَلِإِخْوَةِ الأُمِّ الثُّلُثُ، وَلاَ يَبْقَىٰ لِلأَخِ مِنَ الأَبِ وَالأُمِّ شَيْءٌ فَيُشَارِكُ أَوْلاَدَ الأُمِّ بِقَرَابَةِ الأُمُومَةِ وَيُسْقِطُ إِخْوَةَ الأَبِ، وَلَوْ كَانَ بَدَلَهُ أَخٌ لِأَبٍ سَقَطَ وَلاَ يُشَارِكُهُمْ إِذْ لاَ يُسَاوِيهِمْ فِي قَرَابَةِ الأُمِّ.**

فصل في الإخوة والأخوات

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الإِخْوَةُ والأَخَوَاتُ: إمَّا أنْ يكونُوا مِنَ الأَبَوَيْنِ أو مِنَ الأَبِ أوْ مِنَ الأَمِّ، فهُمْ ثلاثَةُ أصنافٍ، والصِّنْفَان الأوَّلاَنِ: إمَّا أن يَنْفَرِدَ أَحَدُهُمَا أو يَجْتَمِعَا، فأمَّا عِنْدَ انْفِرَادِهِم، فالإِخْوَةُ والأَخَوَاتُ مِنَ الأَبَوَيْنِ كأولادِ الصُّلْبِ، فللذَّكَرِ الوَاحِدِ جَمِيعُ المالِ، وكذَا الاثنَان فصَاعِداً، وإنْ ماتَ ولهُ أُخْتٌ، فلَها نِصْفُ مَا تَرَكَ، وإنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ، فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ، وإنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالاً ونِسَاءً فلِلذَّكَرِ مِثْلُ حِظِّ الأُنْثَيينِ بنَصِّ القُرْآنِ.

والإِخْوَةُ والأَخَوَاتُ للأَبِ عِنْدَ الانْفِرَادِ كالإِخْوَةِ والأخَوَاتِ مِن الأَبَوَيْنِ إلاَّ فِي المشرَّكَةِ(٤)، وهِيَ: زَوْجٌ وأُمٌّ وأَخَوَانِ [لأم، وأخوان] لأبٍ وأمٍّ، فلِلزَّوْجِ النِّصْفُ،

---

(١) سقط في د، ب. (٢) سقط في د، ب.

(٣) أي فإن الأشقاء يشاركون أولاد الأم في ثلثهم ولو كان بدلهما أخوان من أب سقطا ويضاف لما ذكره الرافعي في مسألة أخرى وهي الأخ الشقيق يحجب الأخت من الأب والأخ من الأب لا يحجبها بل يكون بينهما ﴿للذكر مثل حظ الأنثيين﴾ وقد ذكرهما الروياني في الحلية.

(٤) سقط في ب.

وللأمِّ السُّدُسُ، وللأخوينِ لأمٍّ الثُّلُثُ، والأخوانِ للأب والأمِّ يُشارِكانِهِمَا في الثُّلُثِ، ولا يَسْقِطانِ، وبِهِ قالَ مَالكٌ، وقَالَ أحمَدُ [وأبُو حَنِيفَةَ][1]: يَسْقُطَانِ، وحكى أبُو بَكْر بنُ لأل قَوْلاً للشَّافِعيِّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ وقالَ: لَهُ في المَسْأَلَةِ قَوْلانِ، بِحَسَبِ اخْتِلاَفِ الرِّوَايَةِ عَنْ زَيْدٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ والرِّوَايَةُ عَنْ زَيْدٍ مُخْتَلِفَةٌ، كَمَا ذَكَرَ، لكنْ لمْ أَجِدْ لغيرِهُ نقل قول للشافِعيِّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ في المسْأَلَةِ، نعم ذَهَبَ ابن اللَّبَّانِ إلى الإسْقَاطِ.

وقَالَ أَبُو خَلَفٍ، الطَّبَرِيُّ وهُوَ اختيارُ أُسْتَاذِي أبي منْصُور البَغْدَادِيِّ وَوَجْهُهُ: أنَّ الإخْوَةَ مِنَ الأَبَوينِ عَصَبَةٌ، فإذَا اسْتَغْرَقَتِ الفروضُ المَالَ، سَقَطُوا.

ووجْهُ ظاهرُ المذْهَبِ: أنَّها فَرِيضَةٌ، جَمَعَتِ الإخْوَةَ مِنَ الأَبَوَيْنِ، والإخْوَةَ من الأمِّ فوَرِثَ الصِّنْفَانِ معاً، كما لَوِ انفردَا، وبأنَّ أولادَ الأمِّ، لو كَانَ بعْضُهُمْ ابْنَ عمٍّ، شارَكَ الآخَرِيْنِ بقَرابَة الأُمِّ، وإنْ سَقَطَتْ عُصُوبَتُهُ، فالأخُ مِنَ الأَبِ والأمِّ أَوْلَى لأن يكُونَ كَذَلِكَ، ولَكَ أنْ تُعَلِّمَ؛ لمَا نَقَلْنَا قَوْلَه في الكِتَابِ: «فَيُشَارِكُ أَوْلاَدَ الأمِّ» مَعَ الحاءِ والألِفِ بالوَاوِ.

قَالَ الفَرَضِيُّونَ: ولُصُورِ[2] المشترَكَةِ[3] أرْبَعَةُ أرْكَانٍ: أنْ يكونَ فِيها: زَوْجٌ.

وأنْ يَكُونَ فيهَا مَنْ يَأْخُذُ السُّدُسَ مِنْ أُمٍّ أو جدة[4]، وأنْ يكونَ فِيها اثْنَانِ فصَاعِداً مِنْ أولادِ الأُمِّ، وأنْ يكونَ من أولادِ الأبِ والأمِّ ذكَرٌ، إمَّا وَحْدَهُ أوْ مَعَ ذُكُورٍ أو إنَاثٍ، وإنْ شِئْتَ، قُلْتَ: أنْ يَكُونَ مِنْ أولادِ الأَبِ والأمِّ عَصَبَةٌ، فإذا اجْتَمَعَتْ هَذِهِ الأرْكَانُ، فَهُوَ موضعُ الخِلاَفِ المذْكُورِ.

أمَّا إذْ لمْ يكن عَصبةٌ بَلْ كَانَ في المَسْأَلَةِ زَوْجٌ وأمٌّ واثنَانِ مِنَ الأَوْلاَدِ للأمِّ، وأختٌ مِنَ الأبَوَيْنِ أو مِنَ الأَبِ فَيُفْرَضُ لَها النِّصْفُ ولَوْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ، فَيُفْرَضُ لَهُمَا الثُّلُثَانِ وَيُعَالُ المسْأَلَةُ، ولَو كَانَ ولدُ الأمِّ واحِداً، أَخَذَ السُّدُسَ، والبَاقِي للعَصَبَةِ مِن أولادِ الأبِ والأمِّ أو الأبِ[5]، ولا بُدَّ مِمَّنْ تَأْخُذُ النِّصْفَ والسُّدُسَ؛ لِيَحْصُلَ الاسْتِغْرَاقُ، وتُسَمَّىٰ هٰذِهِ المسأَلةُ المُشْتَرَكَةِ، لِمَا فِيها مِنَ التَّشْرِيكِ بَيْنَ أولادِ الأمِّ، وأوْلادِ الأبِ والأمِّ، والحِمَارِيَّةَ، لأنَّ عُمَرَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ كَانَ لا يُوَرِّثُ أولادَ الأبِ والأمِّ، فقالُوا: هَبْ

(١) في ز: ذكره.
(٢) في د: والصورة.
(٣) في ب: والتركة.
(٤) في ز: وأخوة.
(٥) في ز: والأب.

أنَّ أبَانَا كَانَ حِمَاراً، أَلَسْنَا مِنْ أُمٍّ وَاحِدَةٍ؟ فَشَرَكَهُمْ[1].

ولوْ كانَ بَدَلَ الإخْوَةِ من الأَبِ والأُمِّ إخوة منَ الأَبِ، سَقَطُوا بالاتِّفَاقِ؛ لأنه لَيسَ لَهُمْ قَرَابَةُ الأُمُومَةِ، حتَّى يُشَارِكُوا أولادَ الأُمِّ فافْتَرَقَ الصِّنْفَانِ في هٰذِهِ المسْأَلَةِ.

وإذَا شَرَكْنَا في الثُّلُثِ بيْنَ أولادِ الأُمِّ وأولادِ الأَبِ والأمِّ، فيتقاسمُونهُ بالسَّوِيَّةِ؛ لأنَّهُمْ يَأْخُذُونَ بقَرابَةِ الأمِّ فيَسْتَوِي ذَكَرُهُمْ وأُنْثَاهُمْ، وكَانَ يَجُوزُ أنْ يُقَالَ: إذَا تقَاسَمُوا فِي الثُّلُثِ بالسَّوِيَّةِ، أخِذَ مَا يَخُصُّ أَوْلاَدَ الأَبِ، والأُمِّ، فَيُجْعَلُ بينَهم **﴿للذَّكَرِ مِثْلُ حظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾**، كَمَا أنَّ فِي المعادة[2]، إذَا أخرَجَ نصيبُ الجَدِّ، اقْتَسَمُوا البَاقِي بينَهُمْ، كَمَا يَقْتَسِمُونَهُ إذَا انْفَرَدُوا.

وَإِذَا قُلْنَا بالمذهبِ، فالَّذِي يَأْخُذُونَهُ بالفَرْضِ، فإن الإخْوَةَ مِنَ الأَبَوَيْنِ يرِثُونَ بالتَّعْصِيبِ تَارَةً، وبالفَرْضِ تارةً أُخْرَى كالأَخَوَاتِ مِنَ الأَبَوَيْنِ.

قال الغَزَالِيُّ: **وَمَهْمَا اجْتَمَعُوا فَحُكْمُهُمْ حُكْمُ أَوْلاَدِ الصُّلْبِ مَعَ أَوْلاَدِ الابْنِ إِذَا اجْتَمَعُوا، وَيَنَزَّلُ أَوْلاَدُ الأَبِ وَالأُمِّ مَنْزِلَةَ أَوْلاَدِ الصُّلْبِ، وَالأَوْلاَدُ مِنَ الأَبِ مَنْزِلَةَ أَوْلاَدِ الابْنِ مِنْ غَيْرِ فَرْقٍ، إِلاَّ فِي شَيْءٍ وَهُوَ أَنَّ بِنْتَ الابْنِ يُعَصِّبُهَا مَنْ هُوَ أَسْفَلُ مِنْهَا، وَالأُخْتُ لِلأَبِ لاَ يُعَصِّبُهَا إِلاَّ مَنْ هُوَ فِي دَرَجَتِهَا.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عَرَفْتَ حُكْمَ الصِّنْفَيْنِ عِنْدَ الانْفِرَادِ.

أمَّا إذَا اجْتَمعا، فَهُوَ كمَا لَوِ اجْتَمَعَ أَوْلادُ الصُّلْبِ معَ أولادِ الابنِ، فأولادُ الأَبَوَيْنِ كأولاَدِ الصُّلْبِ، وأولادُ الأَبِ كَأَوْلاَدِ الابْنِ، فلوْ كانَ من أولادِ الأَبَوَيْنِ ذَكَرٌ، فأولادُ الأَبَوَيْنِ مَحْجُوبُونَ وإلاَّ فإنْ كَانَتْ أُنْثَىٰ وَاحِدَةً، فَلَها النِّصْفُ، والبَاقِي لأَوْلاَدِ الأَبِ، إنْ تَمَحَّضُوا ذُكُوراً أو كانُوا ذُكوراً وَإِنَاثاً.

---

(١) رواه الحاكم في المستدرك. والبيهقي في السنن من حديث زيد بن ثابت وصححه الحاكم، وفيه أبو أمية بن يعلى الثقفي وهو ضعيف، ورواه من حديث الشعبي عن عمر وعلي وزيد لم يزدهم الأب إلا قرباً، وذكر الطحاوي: أن عمر كان لا يشرك حتى ابتلى بمسألة فقال له الأخ والأخت من الأب والأم: يا أمير المؤمنين هب أن أبانا كان حماراً ألسنا من أم واحدة، أصل التشريك أخرجه الدارقطني من طريق وهب بن منبه عن مسعود بن الحكم الثقفي قال: أتى عمر في امرأة تركت زوجها وأمها وإخوانها لأمها وإخوتها لأبيها وأمها، فشرك بين الإخوة للأم وبين الإخوة للأب والأم، فقال له رجل: إنك لم تشرك بينهما عام كذا. فقال: تلك على ما قضينا، وهذه على ما قضينا، وأخرجه عبد الرزاق، وأخرجه البيهقي من طريق ابن المبارك عن معمر، لكن قال عن الحكم بن مسعود، وصوبه النسائي، وأخرج البيهقي أيضاً أن عثمان شرك بين الإخوة، وأن علياً لم يشرك. قال الحافظ.

(٢) في ز: العادة.

وإنْ تَمَحَّضُوا إِنَاثاً أَوْ كَانَتْ أُنْثَى واحدةً، فلهُنَّ أَوْلَهَا السُّدُسُ تكْمِلَة الثُّلُثَيْن، وإِنْ كَانُوا مِنْ أولاَدِ الأَبَوَيْنِ اُثْنَتَان فَصَاعِداً، فلَهُمَا الثُّلُثَانِ، ولاَ شَيْءَ لأَوْلاَدِ الأَبِ، إلاَّ أنْ يَكُونُوا ذُكُوراً، أوْ يكونَ فيهِمْ ذَكَرٌ يُعَصِّبُ الإِنَاثَ، وهَذَا كُلُّهُ كَمَا سَبَقَ في أَوْلاَدِ الابْنِ والأولادِ الصُّلْبِ، إلاَّ أنَّ بناتِ الابْنِ يُعَصِّبُهُنَّ مَنْ في دَرَجَتِهِنَّ، ومَنْ هُوَ أَسْفَلَ منهُنَّ، والأُخْتُ لِلأَبِ لا يُعَصِّبُهَا إلاَّ مَنْ هو فِي دَرَجَتِهَا، فَلَوْ خلَّفَ أُخْتَيْنِ لأبٍ وأُمٍّ، وأختاً وأخاً لأبٍ [وابْنَ أخٍ لأبٍ]؛ فللأُخْتَيْنِ الثُّلُثَانِ، والبَاقِي لابْنِ الأخِ، ولا يعَصِّبُ عَمَّتَهُ، إلاَّ أَنَّ ابْنَ الأخِ لا يُعَصِّبُ مَنْ فِي دَرَجَتِهِ، فلا يُعَصِّبُ مَنْ فَوْقَهُ، وابْنُ الابن، وإنْ سَفَلَ، يُعَصِّبُ مَنْ فِي دَرَجَتِهِ، فجازَ أنْ يُعَصِّبَ مَنْ فَوْقَهُ، والله أعلم.

قال الغَزَالِيُّ: (وَأَمَّا الإِخْوَةُ وَالأَخَوَاتُ مِنْ جِهَةِ الأُمِّ) فَلِلْوَاحِدِ مِنْهُمُ السُّدُسُ، وَلِلاثْنَيْنِ فَصَاعِداً الثُّلُثُ، وَلاَ يَزِيدُ حَقُّهُمْ بِزِيَادَتِهِمْ يَسْتَوِي ذَكَرُهُمْ وَأُنْثَاهُمْ فِي الاسْتِحْقَاقِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الصِّنْفُ الثَّالِثُ: الإِخْوَةُ والأَخَوَاتُ مِنَ الأمِّ، ولِلوَاحدِ مِنْهُمُ السُّدُسُ، ذكراً كان أو أنثى، ولِلاثْنَيْنِ فصَاعِداً الثُّلُثُ يُقَسَّمُ بَيْنَ ذُكُورِهِم وإنَاثِهِمْ بالسَّوِيَّةِ[1]، قالَ اللَّهُ تَعَالىَ: ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢].

والمرادُ أختٌ أو أخٌ من الأُمِّ، وكَذَلِكَ هُوَ فِي قِرَاءَةِ ابْنِ مَسْعُودٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ.

---

(١) قال النووي: أولاد الأم يخالفون غيرهم في خمسة أشياء، فيرثون مع مَن يُدلون به، ويرث ذكرهم المنفرد كأنثاهم المنفردة، ويتقاسمون بالسوية. والرابع: أن ذكرهم يدلي بأنثى، ويرث. والخامس: يحجبون من يُدلون به، وليس لهم نظير[1]. والله أعلم.
قلت فيه أمران:
أحدهما: قد تنازع فيما ذكره. أما الأولى فالجدة قد ترث مع ابنتها كما إذا كانت جدة قريبة من قبل الأب وابنتها جدة تساويها من قبل الأم، وصورة ذلك أن يكون لامرأة ابن بنت وبنت بنت بنت فيتزوج هذا الابن هذه البنت وهي بنت بنت خالته وأولدها ولداً فالكبرى جدة هذا الولد من قبل أبيه ومن قبل أمه لكنها من قبل الأب أقرت لأنها أُم أم ابنة وابنتها أُم أُم أمه فهي مساوية لها، فإذا مات هذا الولد وليست له أُم قريبة كان السدس الذي تستحقه الجدة بين هذه العليا وابنتها لتساويهما في الجدة فهي لا نظير لها. (قاله القاضي أبو الطيب في تعليقته والروياني في الحلية).
وأما الثالثة وهي المتساوي القسمة فيتقض بالأب والأم مع الولد.
وأما الخامس: فكونهم يحجبون من يدلون به شامل لما إذا ورثوا أو حجبوا بالجد مثلاً وينبغي أن يكون مراده حجب النقصان بالأم. وإن كان في الورثة ابنان منهم حجباها من الثلث إلى السدس.
الأمر الثاني: يضاف إليه سادس وهو أنهم يشاركون في فرضهم في المشركة ولا نعلم أحداً يشارك في فرضه غيرهم.

قال الغَزَالِيُّ: (وَأَمَّا بَنَاتُ الإِخوَةِ) فَلاَ مِيرَاثَ (ح و) لَهُنَّ، وَبَنُو الإِخوَةِ لِلأُمِّ أَيضاً لاَ مِيرَاثَ لَهُمْ (ح و)، وَبَنُو الإِخوَةِ لِلأَبِ وَالأُمِّ، وَبَنُو الإِخوَةِ لِلأَبِ فَيَنْزِلُونَ مَنْزِلَتَهُمْ عِنْدَ عَدَمِهِمْ إِلاَّ فِي حَجْبِ الأُمِّ مِنَ الثُّلُثِ إِلَى السُّدُسِ، وَفِي مُقَاسَمَةِ الجَدِّ، وَفِي مَسْأَلَةِ المُشَرَّكَةِ، وَفِي تَعْصِيبِ الأُخْتِ فَإِنَّهُمْ لاَ يَرُدُّونَ الأُمَّ إِلَى السُّدُسِ، وَيَسْقُطُونَ بالجَدِّ، وَيَسْقُطُونَ فِي مسألة المُشَرَّكَةِ لَوْ كَانُوا بَدَلَ أَبِيهِمْ، وَلاَ يُعَصِّبُونَ أَخَوَاتِهِمْ إِذْ لاَ مِيرَاثَ لِأَخَوَاتِهِمْ أَصْلاً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قولُهُ: (أَمَّا بَناتُ الإخوةِ، فلاَ ميراثَ لَهُنَّ) وكَذَا (بَنُو الإِخْوَةِ مِنَ الأُمِّ) لا حَاجَةَ إِلَيْهِ فِي هَذَا الموْضعِ؛ لأَنَّهُ قَدْ ذَكَرَهُ مرَّةً فِي ذَوِي الأَرْحَامِ، [وأيضاً، فإنَّ الكَلامَ هَا هُنَا فِيمَا يأْخُذه كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الورَثَةِ، وَهؤُلاَءِ لَيْسُوا من الوَرَثَةِ.

وأَمَّا بَنُو الإِخْوَةِ مِنَ الأَبوَيْنِ أو مِنَ الأَبِ][1].

فيَنزِّلُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الصِّنْفَيْنِ منزلةَ أَبِيهِ في حالَتَي الانفرادِ والاجتماعِ، حتَّى يَسْتَغْرِقَ الوَاحِدُ والجَمَاعَةُ مِنهُمُ المَالَ عِنْدَ الانْفِرَادِ، ويأْخُذُ ما فَضَلَ عَنْ أَصْحَابِ الفَرائضِ، وعندَ الاجْتِمَاعِ، يَسْقُطُ ابْنُ الأخِ مِنَ الأبِ كَمَا يَسْقُطُ الأَخُ مِنَ الأبِ مَعَ الأخ مِن الأَبَوَيْنِ إِلاَّ أَنَّهُمْ يُفَارِقُونَ الإِخْوَةَ في أُمُورٍ:

أَحَدُهَا: أَنَّ الإِخْوَةَ يَرُدُّونَ الأُمَّ من الثُّلُثِ إلى السُّدُسِ، وبَنُوهُمْ لاَ يَرُدُّونَ؛ لأَنَّ اللَّه أَعْطَاهَا الثُّلُثَ إِذَا لمْ يَكُنْ وَلَدٌ، ثُمَّ قَالَ: ﴿فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ﴾ [النساء: ١١]، وبنو الإِخْوَةِ لَيْسُوا بإِخوةٍ، وفَرَّقُوا بين ما نَحْنُ فيه وبَيْن الوَلَدِ ووَلَدِ الولدِ[2]؛ حيثُ رَدُّوا كُلَّ واحدٍ منهما إلى السُّدُس بأَنَّ اسْم الوَلَدِ يقعُ علَى وَلَد الولد بالحقيقةِ أو المجازِ، واسْمُ الأخِ لا يقَعُ علَىٰ ولده بحالٍ، ولأنَّ قوَّة الابن في الحَجْب أَشَدُّ؛ ألا تَرَىٰ أنَّ الواحد من الأوْلادِ يَحْجُبُ، والواحدَ من الإخوة لا يَحْجُبُ، وإذا كانَتْ قوته أشدَّ جاز أن يتعدَّى الحجبُ منه إلَىٰ ولده، ولهذا يَحْجُبُ ابنُ الابنِ الإخوةَ والأَعْمَامَ والزَّوْجَ أو الزوجَةَ، كما يحجُبُهم الابنُ، والأخُ من الأبوَيْنِ قد يَحْجُبُ مَنْ لا يحجُبُهُ ابنُهُ، وهو الأخُ من الأبِ.

والثاني: أنَّ الإخوةَ مِنَ الأبوَيْنِ ومِنَ الأب يُقَاسِمُون الجَدَّ، وبنوهم لا يقاسِمُونَه، بل يَسْقُطُون بِهِ لِبُعْدِهِم، وأيْضاً، فإن الجدَّ في دَرَجَةِ الأخِ، وبنو الأخِ يَسْقُطُون بالأخِ، فكذلك بالجَدِّ.

---

(١) سقط في: ب.
(٢) في د: الأب.

والثالثُ: أنَّ بني الإخوة من الأبوَيْنِ، لو كَانُوا بدَلَ آبائِهِمْ في المُشْتَرَكَةِ، سقَطُوا؛ لبُعْدِهِمْ.

والرابعُ: أن الإخْوة من الأبوَيْنِ أو من الأبِ يعصِّبون أخَوَاتَهم، وبنُوهُم لا يعصِّبون أخواتِهِم[1]؛ فإنَّهُنَّ غير وارثات، وأعْرِفْ بعدَ هذا شيئَيْنِ:

أحدُهُمَا: أن مفارقَةَ بنِي الإخْوة لآبائِهِمْ في الأمْر الأوَّلِ غيْرُ مخْصُوص بالإخْوَة من الأبوَيْنِ، وبالإخْوَةِ من الأبِ، بل الحكمُ في الإخْوة من الأم وأولادِهِمْ كذلك.

والثَّاني: أن لَفْظ الكتاب يقتَضِي مفارقَةَ كُلِّ واحدٍ منَ الصِّنفَيْن بني الإخوة من الأبَوَيْنِ، وبني الإخْوة من الأبِ لأبائِهِمْ في جميع الأُمور الأرْبَعَة، لكن المفارقَةَ في الأمْرِ الثَّالث يختصُّ ببني الأخْوة من الأبَوَيْنِ وآبَائِهِمْ، فأما الإخوةُ من الأبِ وبَنُوهم، فيَسْقُطُون جميعاً بلا فَرْقٍ.

قال الغَزَالِيُّ: **وَأَمَّا أَخُ الأَبِ وَهُوَ الْعَمُّ فَهُوَ عَصَبَةٌ، وَكَذَا أَبْنُهُ، وَكَذَا عَمُّ الأَبِ وَعَمُّ الجَدِّ وَبَنُوهُمْ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: العم من الأبوين والعم من الأبِ كالأخ مِنَ الجهتَيْن فِي أنَّ من انفرد منهمَا يأْخُذِ جميع المالِ، أو ما بقي من أصْحاب الفرائِضِ، وإذا اجْتَمَعَا، أسْقَطَ العمُّ من الأبوين، العَمَّ من الأبِ، كما يُسْقِطُ الأخَ من الأبوين من الأبِ، ولا يَخفَى أنَّ المراد من قوله: (أمَّا أخُ الأبِ وهُوَ العَمُّ) ما إذا كان من الأبوَيْنِ أو مِنَ الأبِ.

وقوله: (فهو عصبةٌ) ليسَ علَىٰ معْنَىٰ: أن المذكورِينَ قبْلَه أصْحابُ فُرُوضٍ، بل البنونَ وبنُوهُمْ وبَنُو الأخِ كلُّهم عصباتٌ، ولكن أشار بأنَّه عصبةٌ إلَىٰ أنَّه يأخذ جميعَ المَالِ، أو ما بقي من أصحاب الفُرُوضِ.

قال الغَزَالِيُّ: **وَمِنْ حُكْمِ الأَخَوَاتِ أَنَّهُنَّ مَعَ البَنَاتِ عَصَبَاتٌ، فَإِذَا كَانَ لِلمَيِّتِ بِنتٌ وثَلاَثُ أَخَوَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ فَلِلْبِنْتِ النِّصْفُ وَالبَاقِي لِلأُخْتِ مِنْ قبلَ الأَبِ وَالأُمِّ بالعُصُوبَةِ وَسَقَطَتِ الأُخْتُ لِلأَبِ لعُصُوبَةِ الأُخْتِ لِلأَبِ وَالأُمِّ، وَتَسْقُطُ الأُخْتُ لِلأُمِّ بِالْبِنْتِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الأخواتُ من الأبوَيْنِ، ومنَ الأبِ مع البنَاتِ وبنَاتِ الأبْنِ عصباتٌ، لما مَرَّ من حديثِ هُزَيْلٍ عن ابن مسعودٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ.

قال الإمامُ: والسَّببُ فيه أنَّه إذا كان في المَسْأَلَةِ بنتانِ فَصَاعداً، أو بنتا أبنَ وأخوات، وأخذتِ البناتُ الثلثَيْنِ، فلو فرضْنَا للأخواتِ، وَأَعْلنا المسألةَ، نقص نصيبُ

---

(١) في ز: أخواتهن.

البنات، فاستبعدوا أن يزحم أولادُ الأبِ الأولادَ، ولم يُمكِنْ إسقاطُهُنّ فيجعلوهن عصباتٍ، ليدخل النّقص عليهن خاصّة.

إذا تقرَّر ذلك، فالأختُ من الأبوَيْنِ أو من الأبِ مُنَزَّلَةٌ مع البنات منزلة الأخ، حتى لو خلَّف بنتاً وأختاً، فللبنتِ النصْفُ، والباقي للأخت، ولو خلَّفَ بنتَيْنِ أو أُخْتاً أو أخواتٍ، فلهن الثُّلُثانِ، والباقي للأختِ أو للأخوات بالسَّويَّة، ولو كانَ معَهُنَّ زوْجٌ، فللبنتَيْنِ الثلثان، وللزوْجِ الربُعُ، والباقي للأخْتِ أو للأخْوَاتِ، ولو كان معَهُمْ أمٌّ عالَتِ المسألَةُ، وسقَطَتِ الأخت، كما لو كان مَعَهُم أخٌ، ولو خلَّفَ بِنْتاً وبنت ابن وأُخْتاً، فالنصفُ والسُّدُس والبَاقي.

وإذا اجْتمعَتِ الأُخْتُ من الأبوَيْنِ، والأُخْتُ من الأبِ مع البنْتِ أو بنت الابن، فالباقي للأخْتِ من الأبوَيْنِ، وسقَطَتِ الأخرَىٰ.

وكذا، لو خلَّف بِنْتاً وأُخْتاً من الأبوَيْنِ وأخاً منَ الأبِ، كان الباقي للأختِ، وسقَط الأخُ بها سُقُوطَه بالأخِ من الأبوَيْنِ، لكن لو خلَّف بِنْتاً وأخاً وأُختاً من الأبوَيْنِ، كان الباقي بينهما ﴿للذَّكَر مِثْلُ حظِّ الأنثيين﴾، ولم نجعل معه كالأخ لأن تعصيبها، والحالةُ هذه، بالأخ دون البنت، لأنَّ التعصيبَ بالبنْتِ إنَّما يُصَارُ إليه عند الضَّرُورة، وإذا تعصبت به، لَزِمَ تفضيلُهَا علَيْها على ما هو المعهودُ في تعْصِيب الإنَاثِ بالذكور.

وإذا خلَّفَ الميِّتُ بنتاً وثلاثَ أخواتٍ متفرِّقات، فللبنْتِ النصفُ، والباقي للأخْتِ من الأبوَيْنِ بالعُصُوبَةِ، وسقطَتِ الأختُ من الأبِ، والأختُ من الأمِّ بالبنت، وكذا الحُكْمُ في بنتٍ وثلاثةِ إخوةٍ متفرِّقين.

قال الغَزَالِيُّ: **الفَصْلُ الثَّانِي فِي التَّقْدِيمِ وَالحَجْبِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ إلاَّ عَصَباتٌ فَتَرْتِيبُهُمْ أن أَوْلَى العَصَبَاتِ الْبَنُونَ، ثُمَّ بَنُوهُمْ وَإِنْ سَفَلُوا، ثُمَّ الأَبُ، ثُمَّ الجَدُّ وَالإِخْوَةُ فَإِنَّهُمْ يَتَقَاسَمُونَ (ح ز و)، ثُمَّ إِخْوَةُ الأَبِ وَالأُمِّ يَتَقَدَّمُونَ عَلَىٰ إِخْوَةِ الأَبِ ثُمَّ بَنُو إِخْوَةِ الأَبِ وَالأُمِّ، ثُمَّ بَنُو إِخْوَةِ الأَبِ، ثُمَّ الْعَمُّ لِلأَبِ وَالأُمِّ، ثُمَّ الْعَمُّ لِلأَبِ ثُمَّ بَنُوهُمْ عَلَىٰ تَرْتِيبِهِمْ ثُمَّ أَعْمَامُ الأَبِ، ثُمَّ أَعْمَامُ الجَدِّ وَبَنُوهُمْ عَلَىٰ تَرْتِيبِهِمْ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَاحِدٌ مِنْهُمْ فَالعُصُوبَةُ لِمُعْتَقِ المَيِّتِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ حَياً فَلِعَصَبَاتِ المُعْتِقِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَلِمُعْتِقِ المعتق، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَلِعَصَبَاتِ مُعْتِقِ المُعْتِقِ إِلَىٰ حَيثُ يَنْتَهِي، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَاحِدٌ مِنْهُمْ فَالمَالُ لِبَيْتِ المَالِ، وَهُوَ أَيْضاً (ح) عُصُوبَةٌ (و) لأَنَّهُ يَسْتَغرِقُ إِذَا لَمْ يَكُنْ وَارِثٌ، وَيَأْخُذُ مَا بَقِيَ مِنْ أَصْحَابِ الفَرَائِضِ إِذَا كَانَ لِلْمَيِّتِ ذُو فَرْضٍ.**

فصل في بيان العصبات وترتيبهم

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أكثرُ ما يُسْتَعْمَلُ لفظ التقدُّم في العَصَبَاتِ وترتيبهم، ولفظ الحَجْب في ذوي الفروض، وكأنَّه لذلك جمع بين اللفظَيْنِ في ترجمة الفَصْل.

أما العَصَبَاتُ، فالأقربُ منهم يُسْقِطُ الأبْعَدَ، وقدِ اشتهر عن رسول الله ﷺ أنه قال: «أَلْحِقُوا الفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا، فَمَا أبقت الفَرَائِضُ، فَلأَوْلَىٰ عَصَبَةٍ ذَكَرٍ»[1] وقد فسّر «الأولىٰ» بالأقرب وقيل: إنه مأخوذٌ من الولي وهو القُرْب.

وجملة عصباتِ النَّسب: الابنُ والأبُ ومَنْ يُدْلِي بهما، وأَوْلاَهُمُ الابن، وإنما يقدَّم على الأب، لأنَّ الله تعالَىٰ جعَلَ للأبِ معه السُّدُس، وأعطاه الباقي، وأيْضاً، فلابن يعصب أخته، والأبُ لا يعصِّب أختَهُ، فاحتجَّ بذلك على قوَّةِ عصوبَتِهِ، ثم الأَوْلَىٰ بعد البنين بنُوهُمْ، وإن سَفَلُوا، ثم الأب، لأنَّ سائِرَ العصَبَاتِ يُدْلُون به، وبعْده الجَدُّ والإخوة من الأبوَيْنِ أو مِنَ الأَبِ في درَجَةٍ واحدةٍ، ولذلك يتقاسَمُون علَىٰ ما سيأتي - إنْ شاءَ الله تعالَىٰ - وأبو الجَدِّ، وإنْ علا، مع الأخ كالجَدِّ مع الأخ، يتقاسمون لقوَّة الجُدُودَةِ، ووقوعِ الاسم على القَرِيبِ والبَعِيدِ، هذا ما نصَّ علَيْه، وهو المذْهَب.

وقال الإمامُ الذي رأَيْتُهُ في ذلك [يعني الأصحاب] أنَّ أبا الجَدِّ لا يسقط بالأخ، ولكنْ لا يقاسم الأخ، بل له السدُسُ، والباقي للأخ، ثم قال: وفي القلب من هذا شَيءٌ، وأَبْدَى المذهبَ المنْصُوص عليه[2] كما يُبْدِي الاحتمالاتِ[3]، وإذا لم يكنْ أَخٌ، فالأَوْلَىٰ الجَدُّ ثم أَبوه، وإنْ علا، ويسقط ابن الأخ بالجَدِّ العالي سقُوطَهُ بالجَدِّ الأدنى،

---

(١) في ز: أخواتهن.

(٢) تقدم. (٣) سقط من: د.

(٤) قال في الخادم: فيه أمران:

أحدهما: ما حكاه عن النص هو في المختصر إذ قال: وكل جد وإن علا فكالجد إذا لم يكن جد دونه من كل جانب إلا في حجب أمهات الجد وإن بعدن، فالجد يحجب أُمهاته، وإن بعدن، ولا يحجب أُمهات من هو أقرب منه اللاتي لم تلده. انتهى.

وجرى عليه الأصحاب العراقيون وغيرهم من غير ذكر خلاف فيه، ووجهه الماوردي ثم قيل: إن جعلتم الجد الأعلى كالجد الأدنى في مقاسمة الإخوة فهلا جعلتم بني الإخوة معهم كالإخوة. قيل: المعنى في توريث الجد ما فيه من التعصيب والولادة، وهذا موجود في الأبعد كوجوده في القريب كما أن معنى الابن في التعصيب والحجب موجود في ابن الابن، وإن سفل، وليس كذلك حال الإخوة، وبينهم لأن مقاسمتهم الجد إنما كان بقوتهم على تعصيب أخواتهم وحجب أُمهم من الثلث إلى السدس وبنو الإخوة قد عدموا هذين المعنيين فلا يحجبون الأم ولا يعصبون الأخوات فلذلك قصر عن الإخوة في مقاسمة الجد ولم يقصر أب الجد عن مقاسمة الإخوة كالجد.

الأمر الثاني: إن ما حكاه عن الإمام احتمالاً ولم يحفظه وجهاً قد جزم به القاضي الحسين في

وفي «النهاية» وجهٌ ضعيف: أن [أبا الجَدّ وابن الأخ يتقاسَمَانِ[١] كما يتقاسم الجَدُّ والأخ، والمذهَبُ الأوَّلُ، فإنَّا إذا قدّمنا نوعاً علىٰ نوع، لا ينظر إلى القُرْب والبُعْد؛ ألا ترى أنَّ ابن الأخ، وإن سفل][٢] يقدَّم على العمّ مع قربه، وإنْ لم يكُنْ جَدٌّ، [فالأخُ من الأبوَيْنِ على الأخ من الأب، ثم الأخُ من الأبِ، وإنَّما يقدَّم الأخُ من الأبوَيْنِ على الأخ من الأب][٣]، لما رُوِيَ عن عَلِيٍّ ـ كرَّم الله وجهه ـ أنَّ النبيَّ ﷺ قال: «أَعْيَانُ بَنِي الأُمِّ يَتَوَارَثُونَ دُونَ بَنِي العَلَّات، يَرِثُ الرَّجُلُ أَخَاهُ لِأَبِيهِ وَأُمِّهِ دُونَ أَخِيهِ لِأَبِيهِ»[٤].

والمذكور أخيراً تفسير للمذكور أولاً، فأولاد الأعيانِ الأخوةُ والأخوات من الأبوَيْنِ، وأولاد العلات الإخوةُ والأخَوَاتُ من الأب، وأيضاً فالأخُ من الأبوَيْنِ أقربُ لاختصاصِهِ بقرابتين، فكَانَ المَالُ مصْرُوفاً إِلَيْهِ؛ لقوله: «فما تَرَكَتِ الفَرَائِضُ، فَلأَوْلَىٰ عَصَبَةٍ ذَكَرٍ» ثم بعد الإخوة من الجهَتَيْنِ، الأَوْلَىٰ بنو الإِخْوةِ من الأبوَيْن، ثم بنو الإخوة من الأب، وكذلك بنوهم، وإنْ سَفَلوا، ثم العمُّ من الأبوَيْن، ثم العمُّ من الأب، ثم بنو العم كذلك، ثم عمُّ الأبِ من الأبوَيْن، ثم عمُّه من الأبِ، ثمّ بنوهما كذلك، [ثم عم الجَدِّ من الأبوَيْن، ثم عمُّه من الأبِ، ثم بنُوهما كذلك][٥]، إِلَىٰ حيث ينتهي، فَإِنْ لَمْ يَوجَدْ أحدٌ من عصبات النَّسَبِ، والميِّت عتيق، فالعصوبةُ لمعتِقِهِ، فإن لم يكن حيّاً، فلعصبَاتِ المُعْتِقِ، فإن لم يوجدوا، فلمعتِقِ المعتِقِ، ثم لعصابَتِهِ إِلَىٰ حيث ينتهون، وإنْ لم يكُنْ عتيقاً، وأبوه أو جده عتيق، ثبت الولاء عليه لمعتِقِ الجَدِّ أو الأبِ؛ على ما سيأتي من موضعه ـ إن شاء الله تعالى ـ فإن لم يكن منهم أحدٌ، فالمَالُ لبَيْتِ المال.

وقوله في الكتاب: «فإن لم يكن للميِّت إلاَّ عصبات» هذا التقييد غير محتاج إليه، بلْ مَنْ خلف [ذوي فروض، فالكلامُ فيمن يستحق الباقِيَ من الفُرُوض، على هذا الترتيب. وقوله: «فإنَّهُمْ يتقاسَمُون، قد أُعْلِمَ بعلامات مَنْ يخالِفُ في مقاسمة الجَدِّ والإِخوة][٦]، وسنذكرهم.

وقوله: «عند ذكر بيت المال: و«هو أَيْضاً عصوبةٌ» يجوز أن يُعْلَمَ بالحاء والألف والواو؛ لِمَا مَرَّ في أوَّل الكتاب.

---

(١) في ز: لا يتقاسمان.

(٢) سقط من: ب.

(٣) سقط من: ب.

(٤) رواهاه الترمذي. وابن ماجة والحاكم، من حديث الحارث عن علي، والحارث فيه ضعف، وقد قال الترمذي: إنه لا يعرف إلا من حديثه، لكن العمل عليه وكان عالماً بالفرائض، وقد قال النسائي: لا بأس به.

(٥) سقط من: ب.

(٦) سقط من: ب.

قال الغَزَالِيُّ: **ثُمَّ لْيُعْلَمْ أَنَّ ٱبْنَ الأَخِ وَإِنْ سَفَلَ مُقَدَّمٌ عَلَىٰ العَمِّ القَرِيبِ لاٰخْتِلَافِ الْجِهَةِ، وَٱبْنَ الأَخِ لِلأَبِ مُقَدَّمٌ عَلَى ٱبْنِ ٱبْنِ الأَخِ لِلأَبِ وَالأُمِّ بِسَبَبِ القُرْبِ مَعَ أَنَّ جِهَةَ الإِخْوَةِ فِي حُكْمِ جِنْسٍ وَاحِدٍ، وَلَوْ كَانَ لِلْمَيِّتِ ٱبْنَا عَمٍّ أَحَدُهُمَا أَخٌ لِلأُمِّ فَلَهُ بِأُخُوَّةِ الأُمِّ السُّدُسُ وَالبَاقِي بَيْنَهُمَا بِعُصُوبَةِ بُنُوَّةِ العَمِّ عَلَى السَّوَاءِ، وَلَوْ كَانَ لِلْمَيِّتِ بِنْتٌ وَٱبْنَا عَمٍّ أَحَدُهُمَا أَخٌ لِلأُمِّ، فَلِلْبِنْتِ النِّصْفُ وَيَسْقُطُ إِخْوَةُ الأُمِّ بالبنْتِ، والبَاقِي بَيْنَهُمَا (و) بِالسَّوِيَّةِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في الفصل مسألتان:

المسألة الأُولَىٰ: البعيدُ من الجهة المقدَّمة يتقدَّم على القَرِيب من الجهة المؤَخَّرة:

مثاله: ابن الابن، وإن سفَلَ يُقدَّم على الأب وابنُ الأخِ، وإن سَفَل، يُقدَّم على العمِّ، وكذا ابنُ العمِّ السَّافِلِ يُقدَّم علَىٰ عمِّ الأب، وإذا اتَّحدَتِ الجهة، فالمُقدَّم الأقْرَبُ، فإنِ استويا في القرب، وأحدهما يُدْلِي بقرابة الأب والأم، قُدِّم على من يُدْلِي بقرابة الأبِ وحْدَهُ.

مثاله: الأخُ من الأبَوَيْنِ يُقدَّم على الأخِ من الأب، والأخُ من الأب يُقدَّم على ابن الأخ من الأبوَيْن وابنُ الأخِ من الأبوَيْنِ يُقدَّم على ابن الأخ من الأب، وابنُ الأخ من الأبِ يُقدَّم على ابنِ ابنِ الأخِ من الأبوَيْنِ[1] وكذلك القَوْلُ في بني العَمِّ وبَنِي عَمِّ الأب.

وقوله: «مع أنَّ جهة الأُخوَّة في حكم جنس واحدٍ» ربما أشعَر بأن جهته الإدْلاَء في الأخوَّة بني الإخوة واحدةٌ، وهي الأُخُوَّة، لأنه ذكر عقيب تقديم ابن الأخ من الأبِ، على ابن ابن الأخِ من الأبوَيْنِ، لكن الأشبه أن بَنُو الإخوة جهة برأسها وراء الأُخُوَّة، فيكون المعنى أنَّ جهة الأُخُوَّة في حكم جِنْسٍ واحدٍ، وكذلك جهة بُنُوَّة الإخوة.

المسألة الثانيةُ: إذا اشترك اثنانِ في جهةِ عصُوبةٍ، واختص أحدهما بقرابةٍ أخرى، كابني عمٍّ، أحدُهما أخٌ لأمٍّ، فينظر: إن أمكن التوريث بالقرابة الأُخْرَى؛ لفقد الحاجب، فالنص أنه يورَثُ بهما، فالأخُ للأمِّ يأخذ السدُسَ، والباقي بينهما بالعُصُوبة، ونَصَّ فيما إذا مات وخلَّف ابْنَيْ عمّ معتقه، وأحدُهُما أخو المعتق لأمِّه، أنَّ جميع المال للذي هو أخُوهُ لأمه، وللأصحاب فيها طريقان.

منْهُمْ مَنْ نقَل وخرَّج، وجعلهما على قولَيْن:

أحدُهُما: أنَّه يترجح الأخُ للأمِّ، ويأخذ جميعَ المَالِ في الصورَتَيْنِ، لأنهما استَوَيا

---

(١) سقط من: د.

في جهةِ العُصُوبة، واختصَّ أحدهما بقرابةِ الأُمِّ، فأشبها الأخَ من الأبوَيْنِ مع الأخِ من الأبِ أو العم من الأبوين مع العم من الأب.

والثاني: أنَّه لا يترجَّح، لأنَّه أختصَّ بجهة تُفرض بها، فلا يُسقِط من يُشَارِكُه في جهة العَصوبَة كأبْنَيْ عمٍّ أحدُهُما زوْجٌ، وعلى هذا؛ ففي النسب له السدس بالفرضيَّة، والباقي بينهما بالعُصُوبة، وفي الولاء لا يمكن التوريثُ بالفرضيَّة، وقد أستَوَيَا في العصُوبة، فيكونُ المال بينهما بالسَّوِيَّة، وبهذا قال أبو حنيفةَ ومالِكٌ، وربَّما خرّج من نصِّه في الولاء هاهنا، ولم يعكس.

والطريقة الثانيةُ، وهي الأصحُّ: القطع بالمنصوص في الموضِعَيْنِ[1]، والفَرْقُ: أن الأخ من الأمِّ يرث في النَّسَب، فأمكن أنْ يعطَىٰ فرضه، ويجعل الباقي بينهما لأستوائِهِمَا في العُصُوبة، وفي الولاء لا إرث بالفرضية، فترجح عصوبةُ من يُدْلي بقرابة الأمِّ، كما أن الأخَ من الأبوَيْنِ، لَمَّا لَمْ يأخُذْ بقرابةِ الأمِّ شيئاً ترجَّحت بها عضويتُهُ حتَّى يقدَّم على الأخ للأبِ، وهذا كلُّه مبنيٌّ على أن أخ المعتق من الأبوَيْنِ يقدَّم على أخيه من أبِيهِ، وفيه خلافٌ مذكور في الفصْل الذي يَلِي هذا الفَصْلَ، ويجري الخلاف فيما إذا خلَّف ابنَيْ عَمِّ أبِيهِ، وأحدُهُما أَخُوهُ لأمِّه[2]، ولو خلَّفت المرأة ابني عمٍّ، أحدُهُما أخٌ لأم، والثاني زوجٌ، فعلَى الصحيح؛ للزَّوْج النصفُ، وللآخَرِ السدسُ، والباقي بينهما بالسَّوِيَّةِ، وإذا رجَّحنا الأخَ للأمِّ فالباقي كلُّه له، ولو خلَّفت ثلاثةَ أبناء أعمام، أحدُهما زوجٌ، والثاني أخٌ لأمٍّ فعلى الصحيح: للزَّوْج النصف وللأخ السُّدُسُ، والبَاقي بينهما بالسويَّة، وإذا رجَّحنا الأخَ للأمِّ، فللزَّوْج النِّصْفُ والباقي له، فهذا إذا أمْكَنَ توريثُ

(١) في ترجيحه المنصوص إشكال إن لم يثبت عن زيد خلاف هذه الرواية وكيف يكون مذهب الشافعي خارجاً عن مذهب زيد، وهذا خلاف ما عده المذهب لكن جمهور الأصحاب على ترجيح المنصوص، وفي الكافي هذا هو المذهب نص عليه كالأخ لأبوين مع الأخ لأب وجزم به الدارمي في الاستذكار وابن الصباغ في الشامل وهو قضية كلام العراقيين وقال الشافعي: إن المال كله للأخ للأم لا تفرد بأخوة ولا يمكن توريثه بهما على الإيراد فرجح جانبه بها، ثم قال وفي المسألة وجه آخر وهو القياس أن المال بين ابني عم المعتق نصفان ولا ترجيح بإخوة الأم بخلاف الأخ للأبوين.
نعم الأخ للأب لأن الأُخوة من جنس الأُخوة فصلحت للترجيح عند الاجتماع وليسا من جنس العمومة فلا يبقى لها الترجيح. انتهى.
وهذا النص نقله القاضي الحسين عن رواية القاضي أبي حامد.

(٢) [سكت عما إذا خلف ابن عم لأب وأم وابن عم لأب هو أخ للأم.
قال ابن اللبان في الإيجاز: يروى عن يحيى بن آدم أنه قال: المال لابن العم للأب الذي هو أخ من أم على قول ابن مسعود، وإليه ذهب أكثر الفرضيين.

المخصُوصِ بتلك القرابةِ، أمَّا إذا لم يكن لمكانِ الحَاجِب، كما إذا خلَّف بِنْتاً وابنَيْ عَمٍّ، أحدُهُما، أخٌ لأمٍّ، ففيه وجهان:

أظهرهما: وهو المذكورُ في الكتَاب: أنَّ للبنت النصْفَ، والباقي بينهما بالسَّوِّية، لأنَّ إخُوَّة الأمِّ سقطَتْ بالبنت، فكأنها لم تكُنْ، فيرثان بِبُنُوَّة العمِّ على السَّواء، وأقواهما عند الشيخ أبي عَلِيٍّ، وهو جواب ابنِ الحدَّاد أن الباقِي لِلَّذِي هو أخ لأمٍّ؛ لأنَّ البنْتَ منعتْهُ من الأخذِ بقرابةِ الأمِّ، وإذا لَمْ يأخذ بها، رجحت عُصُوبَته، كالأخ من الأبوَيْن مع الأخِ للأَبِ.

واحتج ابن الحدَّاد لجوابِهِ بنفيٌ الشافعيِّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ في صورة الولاء علَىٰ ما قدَّمناه، فقال الأخ من الأبوين يتقدَّم في ولاية النكاح على الأخ من الأبِ ترجيحاً بقَرابَةِ الأمُومَةِ، وإنْ كانَتْ لا تفيد ولاية النكاح وهذا هو أصحُّ القولَيْن فيه.

ولنَا قولٌ آخرُ: أنَّهما سواءٌ في ولايةِ النِّكاحِ نذكره في موضِعِهِ، إن شاء الله تعالَىٰ.

واعْلَمْ أن لهذينْ الوجهيْنِ ترتيباً على الخلاف، فيما إذا لَمْ يوجَدْ حاجبٌ، وكيف يترتبان؟ توجيه الوجْه الثاني يقتضي أن يقال: إنْ رجَّحنا الأخَ من الأمِّ هناك، فها هنا أوْلَىٰ، وإلاَّ فوجهانِ، لأنَّ هناك وَرِثَ بقرابة الأمُومَةِ، وها هنا لم يَرِثْ، فانتهضَتْ مرجحة، وقد نصَّ على هذا ابن الحدَّاد، وتوجيهُ الوَجْه الأوَّل يقتضي أنْ يقال: إنْ لم نرجِّح الأخَ من الأمِّ هناك، فها هنا أوْلَىٰ، وإن رجَّحناه، فوجهان؛ لأنه وُجِدَ المُسْقِطُ للجهة، فصار وجودُها كعَدَمِها، وقد وجدتُهُ منصوصاً في كلام ابْنِ اللَّبَّان تفريعاً على قَوْلِ مَنْ يقدِّم الأخ هناك، والله أعلم.

وإذا قُلْنا بالصَّحيح، فلو خلَّف ابْنَ عمٍّ لأبٍ وأمٍّ، وآخرَ لأبٍ، وهو أخٌ لأمٍّ، فللثاني السُّدُسُ بالأُخُوَّة، والباقي للأول، وتسقط به عصوبةُ الثاني.

ولو خلَّف ثلاثةً بني أعمام متفرِّقين، والَّذي هو لأمٍّ زوج، والذي هو لأبٍ أخ لأمٍّ، فللزَّوْج النِّصْفُ، وللأخ السدُسُ، والباقي للثَّالِثِ.

ولو خلَّف أخوَيْنِ لأمٍّ، [وترك سواهما] أحدُهُما ابنُ عمٍّ، فلها الثلثُ بالأُخُوَّة، والباقي لابنِ العَمِّ منْهما بلا خلافٍ، وصورةُ أبْنَيْ عمٍّ أحدُهُما أخٌ لأمٍّ: أن يتعاقب أخوانِ عَلَى امرأةٍ واحدةٍ، وتلد لكلِّ واحدٍ منهما أبْناً، ولأحدِهِمَا ابْنٌ من امرأةٍ أخرَىٰ، فابناهُ ابْنَا عَمِّ الآخَرِ، وأحدُهُما أخُوه لأمِّه.

وصورةُ أخوَيْنِ لأمٍّ، أحدُهُما ابنُ عمٍّ: أن يكون للمَرْأةِ في الصُّورَة المذكورة ابنٌ من زَوْجٍ آخَرَ، فابْنُهما من الأجنبيِّ، وابنُ أحدِ الأخوَيْنِ أخٌ للآخر من الأمِّ، وأحدُهُما ابْنُ عمِّهِ.

ولو خلَّف ابْنَي عمٍّ، أحدُهما أخٌ لأمٍّ، وخلَّف سواهما أخوَيْن لأمٍّ، أحدهما ابنُ عمٍّ، فالحاصِلُ أنه خلَّف أخويْن، هما ابْنَا عَمٍّ، وأخاً ليْسَ بابن عمٍّ، وابنَ عَمٍّ ليس بأخٍ، فالثلثُ للإخْوَة الثلاثة، والباقي لبني العمِّ من الثلاثة، ولابْنِ العمِّ الذي ليْسَ بأخٍ بالعُصُوبة، والله أعلم.

قال الغَزَالِيُّ: **أما عَصَبَاتُ المُعْتِقِ، فإن كانَ لِلمُعْتِقِ أُمٌّ وَابْنٍ فَالعُصُوبَةِ للابنِ، وَلاَ يَثْبُتُ الإِرْثُ بِالوَلاَءِ لِلإِنَاثِ إِلاَّ إِذَا كَانَتِ المَرْأَةُ مُعْتِقَةً، وَأَخُ المُعْتِقِ لِأَبِيهِ وَأُمِّهِ يُقَدَّمُ على الأَخِ لِلأَبِ كما في النَّسبِ، وَقِيلَ: لاَ يُقَدَّمُ إِذْ لاَ أَثَرَ لِقَرَابَةِ الأُمُومَةِ في الوَلاءِ، وَلَوِ اجْتَمَعَ جَدُّ المُعْتِقِ وَأَخوهُ فَقَوْلاَنِ (أَحَدَهُمَا): أَنَّهُمَا يَسْتَوِيَانِ (ح م) لاِسْتِوَاءِ القُرْبِ (وَالثَّانِي): أَنَّ الأَخَ مُقَدَّمٌ لِأَنَّهُ ابْنُ أَبِ المُعْتِقِ، وَالإِدْلاَءُ بِالبُنُوَّةِ أَقْوَىٰ فِي العُصُوبَة، وَالوَلاَءُ يَدُورُ عَلَى العُصُوبَةِ المَحْضَةِ.**

«فصل في عصبات المعتق»

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قدْ مَرَّ أن من لا عَصَبَةَ له من النَّسَب فمَالُهُ، أو ما يَفْضُلُ عن الفروض لمعتِقِهِ، إنْ كان عَتِيقاً.

وإنَّما يُؤَخَّر الولاءُ عن النَّسَب؛ لِمَا رُوِيَ أنَّ رجلاً أتى النبيَّ ﷺ برَجُلٍ، فقال: إني اشْتَرَيْتُهُ، وأَعْتَقْتُهُ، فَمَا أمر ميراثه؟ فَقَالَ ﷺ: «إنْ تَرَكَ عَصَبَةً، فالعَصَبَةُ أَحَقُّ، وَإِلاَّ، فَالْوَلاَءُ لك»(١).

وأيضاً، فالنَّسَبُ أَقْوَىٰ من الولاء؛ لأنَّه يتعلَّق به المحرميَّة، ووجوبُ النَّفقة، وسقُوطُ القِصَاص، وردُّ الشهادة، ونَحْوُها، ولا فرق بين أن يكونَ المعتِقُ رجُلاً أو امرأةً؛ لقولِهِ ﷺ: «الوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»(٢)، ولأن الإنعام بالإعْتَاقِ موجودٌ منهما، فاسْتَوَيَا في الإرْث، فإنْ لم يوجَدِ المعتِقُ، فالاستحقاق لعصابته [من النَّسَب] الَّذين يتعصَّبُون بأنفسهم دُون من يعصبهم غيرهم، حتَّىٰ لو ماتَ ولِمُعْتِقِهِ ابنٌ وبنتٌ، فلا حَقَّ للبنْتِ، وكذا في الأخِ والأُخْتِ.

وكذا لو كان لَهُ أَبٌ وأمٌّ، بل لا يَرِثُ النِّسَاء بالولاء إلاَّ ممن أعْتَقْنَ أو أعْتَقَ من

(١) [رواه، البيهقي وعبد الرزاق واللفظ له. وسعيد بن منصور، من مرسل الحسن: أن رجلاً أراد أن يشتري عبداً ـ فذكر الحديث ـ وفيه: أنه سأل النبي ﷺ عن ميراثه، فقال: إن لم يكن له عصبة فهو لك].

(٢) تقدم وهو في الصحيحين.

أَعْتَقَ أو جَرَّ الولاء إِلَيْهِنَّ مَنْ أَعْتَقْنَ، وإن شِئْتَ قلت: لا تَرِثُ المرأةُ بولاء إلا من معتقها أو من ينتمي إِلَىٰ معتِقِهَا بوَلاَءٍ أو نَسَبٍ.

قال ابن سُرَيْج: وإنّما كان كذلك؛ لأنَّ الولاء أضْعَفُ من النَّسب المتراخي، وإذا تَرَاخَى النسب، وَرِثَ الذُّكورُ دُون الإِنَاثِ؛ ألا تَرَىٰ أن بني الأخ والعَمّ وابنه يرثُونَ دون أخواتهم، فإذا لم ترِثْ بنْتُ الأخ والعم، فبنتُ المُعْتِق أولى ألاَّ تَرِثَ.

وقوله في الكتاب: «ولا يَثْبُتُ الإرث بالولاء للإِنَاثِ إلاَّ إذا كانَتِ المرأةُ مُعْتِقةً» فيه تساهلٌ، والضابطُ ما ذَكَرْنَاه، ثم الذين يتعصَّبُون بأنفسهم، ترتيبُهم في الولاء كترتيبهم في النَّسَب، حتَّى يتقدَّم ابن المُعْتِق وابن ابنه علَىٰ أبيه وجَدِّه.

وقال أحمَدُ: للأبِ أو الجَدُّ السدُسُ، والباقي للابْنِ، وادَّعى أنَّ كلَّ ذكرٍ يرثُ بالولاءِ، سواءٌ كان صاحبَ فَرْضٍ أو عَصَبَةً.

نعم، يفترق الترتيبَانِ في مَسَائِل:

منها: في أَخٍ لأبوَيْهِ مع أخيه لأبيه طريقان:

أصحُّهما: تقديمُ الأخِ من الأبوَيْنِ كما في النَّسَب.

والثاني: أنَّ فيه قولَيْن:

أحدُهما: هذا.

والثاني: أنّهما يتساوَيَانِ، إذْ لا أثَرَ لقرابَةِ الأمومَةِ في الوَلاَء، وقَدِ اسْتَوَيَا في قَرَابَةِ الأَبِ، ومنْها إذا اجْتَمَعَ جدُّ المُعْتِق وأخُوه، ففيه قولان:

أحدُهُما، وبه قال أحْمَدُ: أنّهما يستويان كما في النَّسَب؛ لاسْتوائهما في القُرْب.

والثاني: أن الأخَ مقدَّم؛ لأنه ابنُ أبي المُعْتق، والجَدُّ أبو أبيه، والبنوة أقوى من العُصُوبة، وإنما تركْنَا هذا القياس في النَّسَب؛ لإجماع الصَّحَابة ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ـ علَىٰ أنَّ الأخَ لا يُسْقِطُ الجَدَّ[1]، وأيضاً، فالولاء يدورُ على محْض العُصُوبة، ولا يُورَثُ فيه إلا بها، فَمَنْ أَقْرَ، كَانَ أقْوَىٰ عصوبةً، فهو أَوْلَىٰ، وبهذا القَوْلِ قال مالك ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ وأبينهما أصحُّ.

قال في «التهذيب»: إنَّ الأوَّل أصحُّ، إلاَّ أنَّ الشيخ أبا حامدٍ وأبا خلَفٍ الطبريَّ والأكثرين رجَّحوا الثاني، وأبو حنيفة خالَفَ القولَيْن جميعاً، وقدَّم الجد، فيجوز إعلامُ قولِهِ: «يستويان» وقولِهِ: «إنَّ الأخَ مقدَّمٌ» بالحاء، وإعلامُ الأوَّل بالميم، والثَّاني بالألف.

---

(١) وفيه نظر، لأن ابن حزم حكى أقوالاً أن الأخوة تقدم على الجد فأين الإجماع.

التفريعُ: إنْ قُلْنَا إنهم يستويان، فقد روى أبو عبْد الله الحناطيُّ وغيره وجهين:

أحدُهُما: أن للجَدِّ ما هو خيرٌ له من المقاسمة وغيرها، علَىٰ ما سيأتي - إن شاء الله تعالَىٰ - في النَّسَب، وأصحُّهما وهو النقْلُ المستفيض[1] أنه يقاسِمُهم أبداً؛ لأنَّه لا مدخلِ للفرْضِ المقدَّر في الولاءِ، ولو اجْتَمَعَ معَ جَدِّ المعتق إخْوَةٌ من الأبوَيْنِ وإخْوَةٌ من الأَبِ، فالحكايةُ عن ابنِ سُرَيْجٍ: أنَّه لا معادة، والجَدُّ مع الأخ من الأبوَيْنِ يقتسمان:

وفيه وجه آخَرُ، وهو اختيارُ ابْنِ اللَّبَّان: أنه يعد الأخُ من الأب عَلَى الجَدِّ كما في النسب، وبالأوَّلِ أخَذَ أكثرَهُم، ويُمْكِنُ أنْ يُفَرَّقَ بيْن البابَيْنِ.

فأما إذَا أدْخَلْنَا أولادَ الأَبِ في الحسَابِ هناك، فقَدْ يدفع إلَيْهم شيئاً، وكما لَوِ أجتمع مع الجَدِّ أختٌ من الأبوَيْنِ، وأخت من الأَبِ، وها هنا لا يمكنُ صَرْف شيْءٍ إلَىٰ ولدِ الأب أصْلاً؛ لأنَّه لا يأْخُذ بالولاء إلاَّ الذكور، ولا شيء للأخ من الأبِ مع الأخِ من الأبوَيْنِ، فيبعُدُ أن يدْخُل في القسْمَةَ مَنْ لا يَأْخُذُ بحال، وعلَىٰ هذا القولِ، فالجَدُّ أَوْلَىٰ من ابنِ الأخِ، كما في النَّسَب، وقيل: هما سواءٌ، وفي «التهذيب» تفريعاً عَلَىٰ هذا القَوْل: أنَّ الأخَ أَوْلَىٰ من أبِ الجدِّ، وأنَّ أبا الجَدِّ مع ابْنِ الأخ يَسْتَوِيان، والله أعلم وعلى القول الثَّاني، وهو تقديمُ الأَخ على الجَدِّ، أنَّ الأخَ أيْضاً يقدَّم عليه، وبه قال مالِكٌ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - كما أنَّ ابْنَ الابْنِ، وإنْ سَفَل، يقدَّم على الأب، والقولاَنِ في الأخ والجد يجريان من العمِّ مع أبي الجَدِّ[2]، وفي كلِّ عمٍّ اجتمع مع جدٍّ، إذا أَوْلَى العم بأبِ دون الجَدِّ، ولا خلافَ أنَّ الجَدَّ أولَىٰ من العم.

ومنها: إذا كان للمعْتِقِ ابنا عَمٍّ، أحدُهُما: أخٌ لأمٍّ، فالنصُّ أنه أَوْلَىٰ بخلافِ ما في النَّسَب علَىٰ ما تقدَّم.

ثم إنْ لم يوجد أَحَدٌ من عَصَبَات المُعْتِقِ، فالمالُ لِمُعْتِقِ المُعْتِقِ، ثم لعصبَاتِهِ علَىٰ النَّسَق المذكور من عَصَبات المعتِقِ، ثم لمُعْتِقِ مُعْتِقِ المُعْتِقِ، وعلى هذا القياس، ولا يَرِثُ مُعْتِقٌ عصبة الميت إلاَّ مُعْتِق أبيه أو مُعْتِق جَدِّه، وكذا معْتِق عصَبَةِ المُعْتِقِ إلا معتق أبِي المُعْتق أو جده.

والقوْلُ في تفصيل ذلك، وفي قواعِدَ أُخَرَ ومسائِلَ عويصةٍ في الولاء، ومؤخر إلَىٰ كتابِ «العِتْق» والله يُيَسِّرُ على الوُصُول إلَيْه.

قال الغَزَالِيُّ: **أَمَا مُقَاسَمَةُ الجَدِّ وَالإِخوَةِ في النَّسَبِ فَالإِخوَةُ لِلأُمِّ يَسْقُطُونَ، وَأَمَّا مُقَاسَمَتُهُ مَعَ إِخوَةَ الأَبِ وَالأُمِّ أو الإِخوَةِ لِلأَبِ فَصُورَتُها أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهُمْ ذُو فَرْضٍ**

(١) سقط من: ب.

(٢) في الروضة بابن ذلك الجد.

فَيَكُونُ الجَدُّ كَوَاحِدٍ مِنْهُمْ ما دامَتِ القِسْمَةُ خَيْراً لَهُ مِنَ الثُّلُثِ، فَإِنْ نَقَصَتِ القِسْمَةُ مِنَ الثُّلُثِ فَلَهُ الثُّلُثُ كَامِلاً، فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَخٌ أَوْ ثَلاَثُ أَخَوَاتٍ أَوْ أُمٌّ وَأُخْتَانِ فَالقِسْمَةُ خَيْرٌ، وَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَخَوَانِ أَوْ أَرْبَعُ أَخَوَاتٍ أَوْ أَخٌ وَأُخْتَانِ فَالْقِسْمَةُ وَالثُّلُثُ سِيَّانِ، فَإِنْ كَانَ الإِخْوَةُ أَكْثَرَ مِنْ هَذَا فَالثُّلُثُ خَيْرٌ لَهُ فَيُسَلَّمُ إِلَيْهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: القَوْلُ في ميرَاثِ الجدِّ مع الإخوة بابٌ خطيرٌ في الفرَائِضِ، وقَدْ أكثر فيه الصحابةُ ومَنْ بعْدَهُمْ من الأئمة[1] ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ـ وإنَّما أورده المصنِّف في هذا المَوْضع؛ لأنَّه قد بيَّنَ في ترتِيبِ العَصَبات أنَّ الجَدَّ مع الإِخوةِ والأَخَوَاتِ من الأَبَوَيْنِ، أو من الأب في درَجَةٍ وَاحِدَةٍ، لا هُوَ يُسْقِطُهم، ولا هُمْ يُسْقِطُونه، فمسَّت الحاجةُ إِلَىٰ معرفةِ أنَّهم كيف يقْتَسِمُون المالَ.

وقوله: «فالإِخْوَةُ لِلأُمِّ يَسْقُطُونَ» هذا قد أعادَهُ مِنْ بَعْدُ في فصل حَجْبِ الإِخْوَة، ولا ضرورةَ إِلَىٰ ذكْره ها هنا؛ لأنَّ الكلامَ من أولِ الفَصْل الثَّاني إِلَىٰ آخِرِ ما يتعلَّق بالجَدِّ والإخوة في العَصَبَات؛ ألا تَرَىٰ أنه قالَ في آخِرِ حُكْم العَصَبَات، والإِخوة «والأَخَوَات من الأُمِّ: لَيْسُوا مِنَ الْعَصَبَاتِ» وجملة القَوْلِ في الباب أنَّ الإخوةَ والأَخَوَاتِ من الأبوين أو من الأبِ، إذا اجتمعوا مع الجَدِّ لم يَسْقُطوا به، وبهذا قال مالكٌ وأحمدُ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ـ.

وقال أبو حنيفةَ والمُزَنِيُّ: إِنَّهُمْ يَسْقُطُونَ، ويُحْكَىٰ ذلك عن اختيار ابن سُرَيْجٍ، ومحمَّدِ بْنِ نَصْرٍ المَرْوَزِيِّ، وابنِ اللَّبَّانِ وأبِي مَنْصُورٍ البَغْدَادِيِّ، ووُجِّهَ ذلك: بأنِ ابْنَ الابْنِ نازلٌ منزلةَ الابْنِ في إِسقاط الإخوة والأَخَوَات، وغيره فلْيَكُنْ أبُ الأب نازلاً منزلةَ الأبِ، ويُرْوَىٰ هذا التوجيهُ عن ابن عبَّاسٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا[2] ـ وبأنَّ الجَدَّ أَقْوَىٰ من الأخِ، بدليل أنَّه يشاركه في الإرْثِ، وينفرد بولايةِ المَالِ والنِّكَاح، وبدليلِ أنَّ الابْنَ

---

(١) [قال الحافظ في التلخيص: في البخاري تعليقاً يروى عن عمر. وعلي. وزيد بن ثابت. وابن مسعود في الجد قضايا مختلفة، وقد بينت أسانيد ذلك في تعليق التعليق، وقد ذكر البيهقي في ذلك آثاراً كثيرة، وروى الخطابي في الغريب بإسناد صحيح عن محمد بن سيرين قال: سألت عبيدة عن الجد، فقال: ما تصنع بالجد؟ لقد حفظت عن عمر فيه مائة قضية يخالف بعضها بعضاً، ثم أنكر الخطابي هذا إنكاراً شديداً بما لا محصل له وسبقه إلى ذلك ابن قتيبة في مقدمة مختلف الحديث وما المانع أن يكون قول عبيدة مائة قضية على سبيل المبالغة، وقد أول البزار كلام عبيدة هذا].

(٢) قال الحافظ لم أره كذلك، لكن في البيهقي من طريق عبد الله بن مغفل: جاء رجل إلى ابن عباس فقال له: كيف تقول في الجد؟ قال: إنه لا جد أي أب لك أكبر، فسكت الرجل فلم يجبه، فقلت: أنا آدم، قال: أفلا تسمع إلى قول الله تعالى ﴿يا بني آدم﴾.

يُسْقِط الإخوةَ، ولا يُسْقِطُ الجدَّ، وعنِ ابْنِ اللَّبَّانِ: أنَّه احتجَّ بأن الجدَّ إما أن يكونَ كالأخِ من الأبَوَيْنِ، أو كالأخِ من الأَبِ، أو أضْعَفَ منهما أو أقوى منهما، إنْ كان كالأخِ من الأبوَيْنِ، وجب أنْ يسقط الأخُ من الأب، وإنْ كان كالأخ من الأبِ، وجَبَ أنْ يسقط، بالأخ من الأبوين، وإن كان أضْعَفَ منهما وجب أن يَسْقُطَ بهما جميعاً، ولما تعذرت الأقْسَامُ الثلاثة تعيَّن الرابعُ، وهو أنَّه أقْوَىٰ منْهما، فيُسْقِطُهما.

وأمَّا وجْه ظاهِرِ المذْهَب، فعَنْ عليٍّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - تشبيهُ الجَدِّ بالبَحْرِ أو النَّهْرِ الكبير، والأبِ كالخَلِيجِ المأخُوذِ منه، والميِّت وإخوته كالسَّاقِيتَيْنِ المُمْتَدَّتَيْنِ من الخليج، والسَّاقيةُ إلى السَاقية أقربُ منها إلى البَحْرِ؛ ألاَ ترى أنه إذا[1] سُدَّتْ إحداهما، أخذت الأخرَىٰ ماءَها، ولم يرجع إلى البَحْر.

وعن زَيْدِ بْنِ ثابت - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: يُشَبِّهُ الجَدُّ بساقِ الشَّجرة وأصْلِهَا، والأَبُ كغصنٍ منها، والأخوة كغصنين تفرعا من ذلك الغُصْن، وأحد الغُصْنَيْنِ إلى الآخَرِ أقربُ منه إلَىٰ أصْلِ الشَّجَرة؛ ألا تَرَىٰ أنه إذا قُطِعَ أحدُهما امتصَّ الآخَرُ ما كان يمْتصُّه المقْطُوع، ولم يرْجِعْ إلى السَّاق[2].

ووجهه الأصحابُ: بأنَّ الأخَ يُعَصِّب أخته، فلم يَسْقُطْ بالجَدِّ كالابن، وبأنَّ ولد الأبِ يُدْلِي بالأب، فلا يَسْقُط بالجد كأمِّ الأب، وبأنَّ الأخ أقوَىٰ من الجدِّ من جهة أنَّه ابنُ أبِي الميِّتِ، والجَدُّ أبو أبيه، والبنوةُ أقْوَىٰ من الأُبُوَّة، وأنَّهُ يُعَصِّبُ أَخَوَاتِهِ، وَالْجَدُّ لا يُعَصِّبُهُنَّ؛ فإن الإخوة والأخواتِ يَرِثُون حَسَبَ ميراثِ الأَوْلاَدِ عُصُوبةً وَفَرْضِيَّةً، والجدُّ بخلافه، وإن فرع الأخ، وهو ابن الأخ يسقط فرع الجد، وهو العَمُّ، وقوَّة الفرع تدُلُّ على قوة الأصْلِ، وإذا كان الأخُ أقوَىٰ فقضيته أن يَسْقُطَ الجدُّ به إلاَّ أنَّ الإجْمَاع صدَّنا عن ذلك، فلا أقَلَّ من ألا يسقط [بذلك] الجد إذا تقرَّر ذلك، فإما أن يجتمع مع الجدِّ أحدُ الصِّنْفَيْنِ منَ الإِخوة والأَخَوات من الأبوَيْنِ، والإِخوة والأخوات من الأَبِ، وإمَّا أنْ يجتمع معَه الصِّنْفَان.

القِسْمُ الأوَّل: إذا اجتمعَ معَهُ أحدُهما، فإمَّا ألا يكونَ معَه ذُو فَرْضٍ، وإمَّا أن يكون:

---

(١) في التلخيص شقت.

(٢) رواه البيهقي من طريق الشعبي قال: كان من رأى أبي بكر وعمر: أن يجعل الجد أولى من الأخ، وكان عمر يكره الكلام فيه، فلما ولي عمر قال: هذا أمر لا بد للناس من معرفته، فأرسل إلى زيد بن ثابت فذكره، وأرسل إلى علي فذكره كما تقدم، وذكره عنه بلفظ آخر، وأخرجه من طرق أخرى، ورواه الحاكم بغير هذا السياق، وأخرجه ابن حزم في الأحكام من طريق إسماعيل القاضي عن إسماعيل بن أبي أويس عن ابن أبي الزناد عن أبيه، عن خارجة بن زيد بن ثابت عن أبيه، أن عمر بن الخطاب استشار فذكر قضية تشبيه زيد بن ثابت.

الحالةُ الأُولَىٰ: إذا لم يكُنْ معهم ذو فَرْضٍ، فللجَدِّ خيرُ الأمرَيْن من المقاسمة معهم، وثُلُث جميعِ المالِ، فإنْ قاسَمَهُمْ، كان بمثابة أخ منهم، وإنْ أخَذَ الثُّلُثَ، فالباقي بينهم ﴿**لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ**﴾، وقَدْ يستوي الأمْرَانِ، فلا فَرْقَ في الحقيقة، ولكنَّ الفَرَضِيُّونَ يتلفَّظُون بالثُّلُث، فإنَّه أسهلُ، وإنما تكونُ القِسْمَةَ خَيْراً له إذا لم يكُنْ معه إلاَّ أخٌ أو أخْتٌ، أو أخٌ وأختٌ أو أختان أو ثلاث أخوات، فهي خمسُ مسَائِلَ، وإنَّمَا يستَوِي الأمْرَانِ، إذا لم يكنْ معه إلاَّ أخَوَانِ أو أخٌ واختانِ أو أربَعُ أخواتٍ، فهي ثلاث مسائلَ، وفيما عدا ذلك الثلُثُ خير له من القِسْمة.

والعبارَةُ الضَّابطة: أن الإِخوةَ والأخواتِ، إنْ كانوا مثليه، فالقِسْمةُ والثُّلُثُ سيان، وإن كانُوا دُونَ مثليه فالقسمة خَيْرٌ، وإن كانوا فَوْق المثلين، فالثلُثُ خَيْرٌ، ووجه اعتبار الثُّلُث أن الجَدَّ والأُمَّ، إذَا اجتمعا، أخَذَ الجَدُّ مِثْلَىْ ما تأخذه الأمُّ، لأنَّها لا تأخُذُ إلاَّ الثُّلُث، والإِخوة يَنْقُصُون الأمَّ من السُّدُس، فَوَجَبَ ألا يَنْقُصُوا الجدَّ من ضِعْف السُّدُس، والله أعْلَم.

قال الغَزَالِيُّ: **وَإِنْ كَانَ مَعَهُمْ ذُو فَرْضٍ سُلِّمَ لَذَوِي الفَرْضِ فُرُوضُهُمْ، فَإِنْ لَمْ يَبْقَ إلاَّ السُّدُسُ سُلِّمَ إلَيَّ الجَدِّ، وَإِنْ بَقِيَ أَقَلُّ مِنَ السُّدُسِ أَوْ لَمْ يَبْقَ شَيْءٌ أُعِيلَتِ المَسْأَلَةُ وفُرِضَ للجدِّ سُدُسٌ عَائِلٌ وَسَقَطَ الإِخْوَةُ، وَإِنْ بَقِيَ أَكْثَرُ مِنَ السُّدُسَ فَيُسَلَّمُ لِلْجَدِّ، إِمَّا سُدُسُ جَمِيعَ المَالِ أَوْ ثُلُثُ مَا يَبْقَىٰ أَوْ مَا تُوجِبُهُ القِسْمَةُ فَأَيُّ ذَلِكَ كَانَ خَيراً لَهُ خُصَّ الجَدُّ بِهِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: **الحالة الثانية**: إذا كانَ مَعَهُمْ ذو فَرْضٍ وأصحابُ الفروضِ الوارِثُون مع الجَدِّ والإِخوة ستَّةٌ: البنْتُ، وبنتُ الابْنِ، والأمُّ، والجَدَّةُ، والزَّوْج، والزَّوْجَةُ.

فإمَّا ألاَّ يبقَىٰ بعد الفروض شيءٌ أو يبقى وحينئذٍ، فإمَّا أن يكون الباقي قَدْرَ السدُسِ أو أقلَّ أو أكْثَرَ، فهذه أربعة تقديرات:

أحدها: ألاَّ يبْقَىٰ شيْءٌ؛ كبِنْتَيْنِ، وأمٍّ، وزَوْجٍ، فيُفْرَضُ للجَدِّ السدُسُ، ويزاد في العَوْل.

والثَّاني: أن يكونَ البَاقي قدْرَ السُّدُس، كما إذَا كان مع الجدِّ والإِخوةِ بنْتَانِ وأمٌّ، فيصرف السُّدُس والباقي إلى الجَدِّ.

والثالث: أن يكون الباقي دونَ السُّدُسِ؛ كبنتَيْنِ وزَوْجٍ، فيفرَضُ للجَدِّ السدس، وتُعَالُ المسألةُ.

وعلى التقديراتِ الثَّلاثةِ يسقط الإِخوة والأخوات.

والرابعُ: أنْ يكونَ الباقي فوْقَ السُّدُس، فللجَدِّ خيْرُ الأُمُور الثَّلاثة وهي المقاسَمَة مع الإِخوة والأَخَوات، وثُلُثُ ما يبْقَىٰ وسدُسُ جميع المال.

أما المقاسَمَةُ؛ فلمساواته إيَّاهم ونُزُولِهِ منزلةَ أخٍ، وأما ثلُثُ ما يبقَىٰ؛ فلأنَّهُ لو لَمْ يكُنْ صاحبَ فرضٍ، لأَخَذ ثلُث جميعِ المَال، فإذَا خرج قدْرُ الفَرْضِ مستحقاً، فأَخَذَ ثلث الباقي.

وأما السُّدُس؛ فلأن البِنتَيْنِ لا يَنْقُصُون الجَدَّ عن السُّدُس، فالإِخوةُ أوْلَىٰ، هذا هو التَّرْتيبُ المذْكُور في الكِتَاب، ووراءه عبارتان تؤدِّيان الغَرَضَ:

إحداهما: أن يقالَ: إنْ كانَ الفرْضُ دون النصف؛ لزوج أو زوجَةٍ معهم، فلِلْجَدِّ خيْرُ الأمرَيْنِ من المقاسَمَةِ وثُلُثِ ما يبْقَىٰ، وإن كان فوْقَ النِّصْف ودون الثلثَيْن؛ كبنْتٍ وزوجةٍ أو قَدْر الثلثَيْن؛ كبنتين، فله خيْرُ الأمرَيْنِ من المقاسمة أو سدُسِ جميعِ المالِ، وإن كان فوق الثلثَيْنِ؛ كبنتٍ وزوجٍ، فللجَدِّ السدسُ، فهو خيرٌ وهو والقسمةُ سيان، وذلك إذا لم يكُنْ مع الجَدِّ، والصورةُ هذه، إلاَّ أخْتٌ واحدةٌ.

والثانيةُ: أن يُخْتَصَرُ فيُقَالَ: إذا اجْتَمَعَ معَهُمْ ذو فَرْضٍ، فلِلجَدِّ خيْرُ الأمورِ الثلاثةِ، وإذا أردتَّ أن تعرف أن كلَّ واحدٍ منهما في أيِّ موضعٍ يكون خيْراً، فانْظُرْ في قدْر الفَرْضِ، فإنْ كان قَدْرَ النِّصف أو دُونَهُ، فالقسْمَةُ خَيْر، إذَا لم يكُنْ معه أختٌ، أو أخ، أو أختانِ أو ثلاثٌ، أو أخٌ وأختٌ، فإنْ زادُوا، فثلثُ الباقي خَيْرٌ، وفي هذا القسْمْ تقع المسألةُ المعروفةُ بـ«الخَرْقَاءِ»، وهي: أُمٌ، وجَدٌ، وأُختٌ، فللأمِّ الثلثُ، والباقي يُقسَّم بين الجَدِّ والأُخْتِ أثْلاَثاً، وسُمِّيَتِ بـ«الخَرْقَاءِ» لتخرُّق أقوال الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - وكثرة اختلافِهِمْ فيها، فعِنْدَ أبي بكْرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - للأمِّ الثُّلُثُ والباقي للجَدِّ.

وعند عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: للأخْتِ النصْفُ، وللأم ثلثُ ما يَبْقَىٰ، والباقي للجَدِّ. وعند عثمان - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: لكلِّ واحدٍ منهما الثُّلُثُ.

وعند عليٍّ عليه السلام: للأختِ النصْفُ، وللأمِّ الثلثُ، وللجَدِّ السدُسُ وعند ابن مَسْعُودٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: النِّصْفُ، والبَاقي بيْنَ الجَدِّ والأمِّ بالسويَّة، ويُرْوَىٰ عنه مثْلُ مذْهَبُ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ[1] -.

(١) [قال الحافظ: أما مذهب زيد وعثمان وعلي وابن مسعود فرواه البيهقي عن الشعبي أن الحجاج سأله عن أم وأخت وجد، فقال: اختلف فيها خمسة من أصحاب رسول الله ﷺ: عثمان وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت وابن عباس، قال: فما قال فيها عثمان، قلت: جعلها أثلاثاً، قال: فما قال فيها أبو تراب، قلت: جعلها من ستة أسهم، للأخت ثلاثة، وللأم سهمين، وللجد سهماً قال: فما قال فيها ابن مسعود، قلت: جعلها من ستة: فأعطى الأخت ثلاثة، والجد سهمين، =

والذي ذكرْنَاه أوَّلاً هو مَذْهَبُ زَيْدٍ، وإنْ كان الفَرْضُ يفوق النصْفَ ودون الثلثَيْنِ، فالقسْمَة خيرٌ مع أخٍ وأختٍ وأختَيْنِ، فإنْ زادُوا فالسدس خيرٌ، وإن كان قدْرَ الثلثَيْنِ، فالقسمة خيرٌ، إن لَمْ يكنْ إلاَّ أختٌ واحدةٌ وإلاَّ فالسُّدُسُ خيْرٌ، وهَذَا التفصيل قد أَتَىٰ به الشافعيُّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ في «المختصر» بأكثره، لكنَّه قال: «إذا كان الفَرْضُ أكْثَرَ مِنَ النِّصْف، ولم يجاوِزِ الثلثَيْنِ قاسم أخاً أو أختَيْنِ»[١].

قال الشَّارِحُونَ: المرادُ: إذا لم يبلُغِ الثلثَيْنِ أيضاً؛ لأنَّه إذَا بلغ الثلثَيْنِ، فلا يقاسم أخاً ولا أُخْتَيْنِ، إنَّما يقاسم أختاً واحدةً، كما مَرَّ، والله أعلم.

قال الغَزَالِيُّ: هَـذَا إِذَا لَـمْ يَكُـنْ مَعَـهُ إِلاَّ إِخْوَةٌ لِلأَبِ وَالأُمِّ أَوْ إِخْوَةَ الأَبِ، فَإِذَا اجْتَمَعُوا جَمِيعاً فَحُكْمُ الجَدِّ لاَ يَتَغَيَّرُ بَلْ هُوَ كَمَا كَانَ، وَإِنَّمَا تَتَجَدَّدُ المُعَادَّةُ وَهِيَ أَنَّ أَوْلاَدَ الأَبِ نَعُدُّهُمْ عَلَى الجَدِّ فِي حِسَابِ المُقَاسَمَةِ وَنُقَدِّرُهُمْ وَرَثَةً، ثُمَّ إِذَا أَخَذَ الجَدُّ حِصَّتَهُ قُدِّرَ نَصِيبُ الإِخْوَةِ كَأَنَّهُ كُلُّ المَالِ بَيْنَهُمْ، فَإِنْ كَانَ فِي أَوْلاَدِ الأَبِ وَالأُمِّ ذَكَرٌ اسْتَرَدَّ جَمِيعَ مَا خصَّ أَوْلاَدَ الأَبِ، وَإِنْ كَانَ فِي أَوْلاَدِ الأَبِ وَالأُمِّ أُنْثَىٰ وَاحِدَةٌ اسْتَرَدَّتْ مَا يَكْمُلُ لَهَا بِهِ النِّصْفُ، وَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ اسْتَرَدَّتَا مَا يَكْمُلُ بِهِ لَهُمَا الثُّلُثَانَ، فَإِنْ كَانَ لاَ يَتِمُّ النِّصْفُ أَوِ الثُّلُثَانِ بِاسْتِرْدَادِ الجَمِيعِ اقْتُصِرَ عَلَىٰ ذَلِكَ إِذْ لَمْ يَبْقَ شَيْءٌ لِلتَّكْمِيلِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: القِسْمُ الثَّاني: إذا اجتمَعَ مَعَ الجَدِّ الصِّنْفَانِ الإخوة والأخوات من الأبوَيْنِ والإخوةُ والأخواتُ من الأبِ، فللجَدِّ خَيْرُ الأمرَيْنِ، إن لم يكُنْ معهم ذُو فَرْضٍ، وخَيْرُ الأمورِ الثلاثةُ، إنْ كان معهم ذُو فَرْضٍ كما إذا لم يكن معه إلاَّ أحد الصِّنْفَيْنِ، لكن ها هنا أولاد الأبوَيْن يُعَادُّونَ الجَدَّ بأولادِ الأبِ، أي: يُدْخِلُونَهُمْ في العَدَدِ معَ أنْفُسِهِمْ ويَعُدُّونهم في القسْمة على الجَدِّ ثم [إذا أخذ الجدُّ حصَّتَهُ، نُظِر: إن كان ولدُ الأبوَيْنِ عصبة][٢] إما ذكراً أو ذُكُوراً وإما ذكوراً وإنَاثاً، فلهُمْ كلُّ الباقي، ولا شيء لولَدِ الأب، وإن لم يكنْ عصبةً، بل أنثَىٰ أو إناثاً متمحِّضَاتٍ، فالاثنتانِ فصاعداً

= والأم سهماً، قال: فما قال فيها زيد بن ثابت، قلت: جعلها من تسعة، أعطى الأم ثلاثة، والجد أربعة، والأخت سهمين ـ الحديث ـ وأما مذهب عمر ومتابعة ابن مسعود له: فرواه البيهقي من طريق إبراهيم النخعي قال: كان عمر وعبد الله لا يفضلان أماً على جد، وعن عمر أيضاً في هذه المسألة: للأخت النصف، وللأم السدس، وللجد ما بقي، وكذا رواه ابن حزم من طريق إبراهيم عن عمر، وأما الرواية عن أبي بكر فقال البزار: نا روح بن الفرج المصري ويقال ليس بمصر أوثق منه نا عمرو بن خالد نا عيسى بن يونس نا عباد بن موسى عن الشعبي قال: أتى بي الحجاج موثقاً فذكر القصة، وأوردها أبو الفرج المعافى في الجليس والأنيس بتمامها].

(١) ينظر: المختصر ٨/ ١٢٧. (٢) سقط من: ب.

يَأخُذْن إلى الثلثَيْنِ، والواحدةُ تأخُذُ إلى النِّصف، فإن زادَ شيءٌ، فهو لأولادِ الأَبِ، ذُكُوراً كانوا أو إناثاً.

أمثلتُهُ:

جَدٌّ، وأخ من الأبوَيْنِ، وآخَر من الأب: يدخل الثاني في القسْمَةِ، ويأخُذُ الجدُّ الثلثَ، وهو والمقاسَمَةُ سواءٌ، والباقي للأخِ مِنَ الأبوَيْنِ.

جَدٌّ وأخٌ من الأبوَيْنِ، وأختٌ من الأبِ، المال على خمسة: للجَدِّ سَهْمَانِ، والباقي للأخِ.

جدٌّ، وأخٌ، وأختٌ من الأبوين، وأخ وأخت من الأب، وجد، للجد الثالث، والباقي للأختين من الأبوين.

أختانِ من الأبوينِ، وأخٌ، وأختَانِ من الأبِ للجَدِّ الثلُثُ، والباقي للأختَيْنِ، من الأبوَيْنِ، وهُوَ تمام فرضهما.

أخْتَانِ من الأبوَيْنِ، وأختاً من الأب، وجَدٌّ: المالُ على خمْسةٍ للجدِّ سَهْمَانِ، والباقي للأختين من الأبوَيْنِ، وهو دُون فَرْضِهِمَا.

أختانِ من الأبوَيْنِ وأخت من الأبِ، وزوجٌ، وجَدٌّ، للزوج النصْفُ، ويستوِي في البَاقِي القسمةُ، وثلُثُ ما يبقى وسُدُس المَالِ فيأْخُذُه الجَدُّ، والباقي للأختَيْن من الأبوَيْنِ، وهو دُونَ فرضهما.

أختٌ من الأبوَيْنِ، وأختان، وأخٌ من الأبِ، وجَدٌّ: المالُ علَىٰ خمسة أسهم: للجَدِّ سهمان، وللأختِ من الأبوَيْنِ سهمان ونصْفٌ، وهو قدْرُ فرضهما، والباقي لولَدِ الأبِ.

أختٌ من الأبوَيْنِ، وأخواتٌ من الأب فصاعداً، وجدٌ: للجَدِّ الثلُثُ، فهو خيرٌ، وللأخْتِ من الأبوَيْنِ النصْفُ، والباقي لأوْلاَدِ الأبِ.

أختٌ من الأبوَيْنِ، وأخرَىٰ من الأب وجَدٌّ: المالُ على أربعة أسهم: سهمانِ للجَدِّ، والباقيان يأْخُذُهما الأخْتُ للأبوين.

أخت من الأبوَيْنِ، وأخٌ من الأبِ، وجَدَّةٌ، وجَدٌ: للجدة السدُسُ، والباقي بينهم على خَمْسَةٍ: للجَدِّ سهمان، والباقِي تأْخُذه الأختُ، فهو نصف المال، فإن كان بدَلَ الجَدَّة زوجةٌ، أخَذَت الرّبُع، والباقي على خَمْسَةٍ: للجَدِّ سهمان، والبَاقِي تَأْخُذُه الأخْتُ، وهو دون النِّصف، [إذا مات]. وإذا تأمَّلْتَ ذلك عَرَفْتَ أنَّ أوْلادَ الأبِ لا يأْخُذُون شيئاً إلاَّ أن يكون ولَدُ الأبوَيْنِ أنثَىٰ واحدةً، وأنهم لا يأْخُذُون في جميع صُوَر وجُودِها، هذا مَعْنَى المُعَادَّة وطرق في صُوَرِهَا.

وأما أنَّه لِمَ قِيلَ بها؟ فقد ذكروا له نوعَيْنِ من التَّوْجِيه، واستأنَسُوا بشَيْءٍ ثالثٍ:

أحدُ النوعَيْنِ: أن الجَدَّ شخصٌ له ولادةٌ تحْجُبُه عن نصيبِهِ، أخوانِ وارثانِ، فجاز أن يحجُبَهُ أخوانِ، وارثٌ، وغيرُ وارثٍ؛ كالأمِّ، كما يحجُبُهَا عن الثُّلُثِ أخوانِ وارثانِ، يحْجُبُها وارثٌ وغيرُ وارثٍ، وأيضاً، فإنَّ أولاد الأب، أخوةٌ يرثُون، لو أنفردُوا معَ شَخْصٍ له ولادةٌ، فإذا اجتمَعَ مَعَهُمْ من يمْنَع الإخوة من الإرث، حُجِبُوا، ولم يرثوا، كأولادِ الأم إذا اجتمع معهم الجدُّ.

والثَّاني: أن الأخَ من الأبوَيْنِ يقولُ للجَدِّ: أنا وأخِي من الأَبِ بالإضافة إليك سواءٌ، وأنا الذي حُجُبُه، فأَزْحَمُكَ بِهِ وآخُذُ حصَّته، وهذا كما أنَّ الإخوة يردُون الأمَّ من الثلث إلى السُّدُس، والأب يحجبهم ويأْخُذُ ما نقَصُوا من الأمِّ، وفَرَقُوا بين ما نحْنُ فيه وبين ما إذا اجتمع الأخُ من الأمِّ مع الجَدِّ، والأخُ من الأبوَيْنِ حيثُ لا يقُولُ الجَدُّ: أنا الذي أحجُبُهُ فأَزْحَمُكَ به، وآخُذُ حصَّتَهُ ـ بأن الأُخُوَّةَ جهةٌ واحدةٌ، فجاز أن ينوب أخٌ عن أخٍ، والإخوةُ والجدودةُ جهتانِ مخْتَلِفَتَان، فلا يجوزُ أنْ يستحقَّ الجدُّ نصيبَ الأخِ، وأَوْلَىٰ من هذا أنْ يُقَال: ولَدُ الأب المعدود على الجَدِّ ليْسَ بمحرومٍ أبداً بَلْ يأْخُذُ قِسْطاً مما قُسِّم له في بعض الصُّورَ علَىٰ ما بيَّنا، ولو عدّ الجد الأخ منَ الأمِّ على الأخِ من الأبوَيْنِ، كان مَحْرُوماً أبداً، فلا يَلْزَمُ من تلْكَ المُعَادَةِ هذه المُعَادَّةُ.

وأما الاستئناس، فقد قال القَاضِي إسْماعيلُ المَالِكِيُّ ـ [رحمه الله] ـ: يجوزُ أن يَعُدَّ الإنسانُ علَىٰ غيره مَنْ لا يأْخُذُ شيئاً، ويأْخُذُ حصَّتَهُ؛ ألا تَرَىٰ أنَّهُ لو أوصَىٰ بمائةِ درهم لزيْدٍ، وبما يبقى من ثلاثةِ بعد المَائةِ لعَمْرو، وبجميع الثُّلُثِ لِبَكْرٍ، وثُلُثُه مَائتَانِ، فإنَّ زَيداً يُدْخِلُ عمراً في قسْمة بكْرٍ، ويقول: أوصَىٰ لنا بالثُّلُث، كما أوصَىٰ لك، ثم يقُولُ لِعَمْرو: ليْسَ لك أنْ تأْخُذَ شيئاً ما لَمْ أستَوْفِ المائة، ويأْخُذُ جميع المائة، ويحرم عَمْراً، لكنْ ذكر القاضي ابن كجٍّ أنَّ مِنَ الأصحابِ مَنْ منَع المسألة، وسوَّىٰ بين زيْدٍ وعمْرٍو في المائة، وسنذكُرُ الخلافَ في المسألة وأخَوَاتِهَا في «الوصيَّة» إن شاء الله تعالَىٰ.

وقوله في الكتاب: اسْتَرَدَّ جَمِيعَ مَا خَصَّ أولادَ الأَبِ، ضربُ أستعادةٍ، وليس هناك دفْعٌ واسترِدادٌ محقَّقٌ، وإنما هو كلامٌ تقديريٌّ، أي: ما قُسِّم وجُعِلَ باسْمِهِ لا يُدْفَع إلَيْه، ويحول إلى الأخ من الأبوَيْنِ، وعلَىٰ هذا يقاسُ ما ذكره من استرْدَادِ النِّصْف والثلثَيْنِ، وربَّما سبق إلى الوَهْم من لفظِ الكتَاب: أنَّ الواحدةَ تستردُّ تكملةَ النِّصْف، والاثنين تستردَّانِ تكملةَ الثلثَيْنِ، ويقرّر ما فضل على أولاد الأب، وقد يتَّفِق ذلك في الواحِدَةِ، لكنْ لا يُتصوَّر في الاثنتين، ولا يفْضُل عن الثلثَيْنِ شَيْءٌ.

فَائِدَةٌ: إذا اجتمع الصِّنْفَانِ [معه] وكان غيْر القسْمة خيراً للجد، كما إذا اجتمع معه

أختٌ من الأبوين [وأَخَوَاتٍ من الأبِ أو أربعُ أخواتٍ فصاعداً، فرضْنَا للجَدِّ الثلثَ، فعن بعض الفَرَضِيِّينَ أنَّه يجعل الباقي بيْن ولد الأبوَيْن][(1)] وولَدِ الأب، ثم يَرُدُّ ولد الأب علَىٰ ولد الأبوَيْنِ قدْرَ فرضه، قال ابن اللَّبَّانِ: والصَّوابُ أن يُفْرَضُ للأختِ من الأبوين النِّصْفُ، ويجعل الباقي لولَدِ الأبِ، لأنَّ إدخالَهُمْ الحساب إنَّما كان؛ لإدخال النَّقْص على الجَدِّ، فإذا أخَذَ فَرْضَهُ، وانحاز، فلاَ معْنَىٰ للقسمة والرد، والله أعلم.

قال الغَزَالِيُّ: **وَلاَ يُفْرَضُ لِلأُخْتِ مَعَ الجَدِّ إلاَّ فِي مَسْأَلَةٍ تُعْرَفُ بِالأَكْدَرِيَّةِ، وَهِيَ زَوْجٌ وَأُمٌّ وَجَدٌّ وَأُخْتٌ، فَلِلزَّوْجِ النِّصْفُ وَلِلأُمِّ الثُّلُثُ وَلِلْجَدِّ السُّدُسُ وَلَمْ يَبْقَ لِلأُخْتِ شَيْءٌ فَيُفْرَضُ لَهَا النِّصْفُ، وَتَعُولُ المَسْأَلَةُ، ثُمَّ يُؤْخَذُ مَا فِي يَدِ الجَدِّ وَالأُخْتِ وَيُقْسَمُ عَلَيْهِمَا ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾، فَإِنْ كَانَ بَدَلَ الأُخْتِ أَخٌ سَقَطَ إِذْ لاَ فَرْضَ لِلأَخِ بِحَالٍ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لا فرْقَ بيْن أن يجتمع مع الجَدِّ محضُ الإخوة أو الإخوة مختلِطِينَ بالأخواتِ، أو مَحْضُ الأَخَوَاتِ، بل الجَدُّ في الأحوال كلها بمثابةِ أخ، ولهذا مَنْ لم يُسْقِط الإخوة بالجَدِّ، اتفقوا في جِدٍّ وأَخِ وأختٍ، علَىٰ أن المال بينهم ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾.

وإن كان كذلك، فالأخواتُ معَهُ، كما إذا كنَّ مع أخ، فلا يفرض لهنَّ، ولا تُعَالُ المسألةُ مِنْ أجْلِهِنَّ بخلافِ الجَدِّ، حيث ذكَرْنا أنَّه يفرض له، وتُعَالُ المسألةُ؛ لأنَّه صاحبُ فرض بجهةِ الجُدُودة، فرجع إليه عند الضَّرُورة، وهذا أصلٌ مُطَّرِدٌ إلاَّ في مسألةٍ واحدةٍ تعرف بالأَكْدَرِيَّةِ، وهي: زوْجٌ، وأمٌّ، وجدٌّ، وأختٌ من الأبوَيْنِ أو من الأَبِ، فللزوْج النصْفُ، وللأمِّ الثلثُ، وللجَدِّ السُّدسُ، ويُفْرَضُ للأختِ النِّصْفُ وتُعَالُ المسألةُ من ستَّةٍ إلَىٰ تسعةٍ ثم يُضَمُّ نصيب الأخت إلى نصيب الجَدِّ، ويجعل بينهما أثلاثاً، ويَصِحُّ من سبعةٍ وعشرينَ ويمتحن بها، فيقال فريضة عدد الوارثِينَ فيها أربعة، أخذ أحدهم ثلُث الجميع من المال، والثاني ثُلُثَ الباقي، والثالِثُ ثُلُثَ الباقي، والرابعُ البَاقِي؛ لأنَّ الزَّوْج يأخذ تسعة من سبْعةٍ وعِشْرينَ، وهي ثُلُثُها، وللأم ستة، وهي ثُلُثُ الباقي؛ وللأخت أربعةٌ، وهي ثلُثُ الباقي، والجَدُّ الباقي، وإنَّما فرض للأختِ في هذه الصُّورة؛ لأنَّ الجدَّ رجَع إلى أصْلِ فرْضِهِ، فلا سبيل إلى إسقاطَها، فرجَعَتْ هي أيْضاً إلَىٰ فَرْضِها، وإنما قُسِّمَ المبلغان بينهما؛ لأنَّه لا سبيلَ إلَىٰ تفضيلهما على الجَدِّ، كما في سائِر صُوَر الجَدِّ والإخوة، ففرض لها بالرحم، وقسِّم بينهما بالتَّعْصِيب رعايةً للجانبين،

---

(١) سقط من: ب.

هذا ما وُجِّهت المسألةُ به، وقياسُ كوْنِها عصبةً بالجَدِّ أن تُسقطَ، وإنْ رجَع الجَدُّ إلى الفَرْضِ، ألا ترَىٰ أنا نقول: في بنتَيْنِ، وأمٍّ، وجَدٍّ، وأختٍ: للبنتَيْنِ الثلُثَانِ، وللأم السدُسُ، وللجَدِّ السدسُ، وتَسْقُطُ الأخت؛ لأنها عصبةٌ مع البنات، ومعلومٌ أنَّ البناتِ لا يأْخُذْنَ إلا الفَرْضَ؛ يؤيِّده أن قبيصةَ بن ذُؤَيْبٍ يُرْوَىٰ عَنْهُ أَنَّهُ أَنْكَرَ قَضَاءَ زَيْدٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ فِي الأَكْدَرِيَّةِ بِمَا اشْتَهِرَ عَنْهُ[1].

وأجيب عن هذه الرواية بإسْقَاطها. وقد مَرَّ أنَّ الشافعيَّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ يأخُذُ بقول زَيْدٍ في الفرائِضِ، وأنّه اختلَفَ قولُهُ حيثُ اختلفَتِ الروايةُ عن زَيْدٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ فقضيَّتُهُ تخريجُ قَوْلٍ للشافعيِّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ وإنْ لم يُنْقَلْ، وإن كان بدل الأخت أخ، سقطَ لا محالَةَ؛ إذ لا فَرْضَ للإخْوَةِ، ولو كانت أختان، فللزَّوْجِ النصفُ، وللأمِّ السدسُ، وللجَدِّ السدسُ، والباقي لهما، ولا فَرْضَ ولا عَوْلَ.

ولِمَ سُمِّيَتِ الأَكْدَرِيَّةَ؟

فيه أربعة أوْجُهٍ:

قيل: إنَّ امرأةً مِنْ أَكْدَرَ ماتَتْ وخلَّفتهم، فنسبت إليْها.

وقيل: لأنَّ عَبْدَ الملكِ بْنِ مَرْوَانَ سَأَلَ رجُلاً من أكْدَرَ عَنْهَا.

وقيل: لتَكَدُّر أصْل زَيْدٍ فيها، فإنَّه لا يفرض للأخواتِ مع الجَدِّ، وقد فَرَضَ ها هنا، ولا يُعيلُ في الجد والأخوة، وقد أعال ها هنا.

وقيل: لتكدُّرِ أقوال الصَّحَابة ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ـ وكثرة خلافهم فيها.

فأبو بَكْرٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ يُسْقِطُ الأُخْتَ، وعنْد عُمَرَ وابْنِ مسْعودٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ـ: للأمِّ السدسُ، والباقي كما ذكَرْنا، فيكونُ العول إلى ثمانيةٍ، وعنْد عليٍّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ يفرض وتَعال كما ذكرناه، لكن تقرّر نصيبُ الأخْتِ عليها، ولك أن تقُولَ إذا عصَّبْنا الأخواتِ بالجَدِّ، فَمِنْ حقِّنا أن نُلْحِقَ عصوبتهن بالجَدِّ لعصوبتهن بالبنْتِ وبنْتِ الابْنِ، فإنَّها من أنواعِ العُصُوبة بالغَيْر، وإن لم يَذْكُرُوها في جملتها.

قال الغَزَالِيُّ: **هَذَا حُكْمُ العَصَبَاتِ (أَمَّا سَائِرُ الوَرَثَةِ) فَالزَّوْجُ وَالزَّوْجَةُ لاَ يُحْجَبَانِ كَالأَبِ وَالأُمِّ وَالابْنِ وَالبِنْتِ، لأَنَّهُمْ يُدْلُونَ بِأَنْفُسِهِمْ، أَمَّا الجَدُّ فَلاَ يَحْجُبُهُ إِلاَّ الأَبُ،**

---

(١) قال الحافظ: بوب عليه البيهقي، وأورد أقوال الصحابة فيها، وأخرج ابن عبد البر من طريق تقي ابن مخلد نا أبو بكر بن أبي شيبة نا وكيع عن سفيان قلت للأعمش: لم سميت الأكدرية؟ قال: طرحها عبد الملك على رجل يقال له الأكدر، كان ينظر في الفرائض، فأخطأ فيها، قال وكيع: وكنا نسمع قبل ذلك أن قول زيد بن ثابت تكدر فيها.

وَالجَدَّةُ مِنْ قِبَلِ الأُمِّ تَحْجُبُهَا الأمُّ، بَلْ لاَ تَرِثُ مَعَ الأمِّ جَدَّةٌ أَصْلاً، وَأُمُّ الأَبِ يَحْجُبُهَا الأَبُ وَالأُمُّ، وَالْقُرْبَىٰ مِنْ كُلِّ جِهَةٍ تَحْجُبُ البُعْدَىٰ مِنْ تِلْكَ الجِهَةِ، وَالقُرْبَىٰ مِنْ جِهَةِ الأُمِّ تَحْجُبُ البُعْدَىٰ مِنْ جِهَةِ الأَبِ، وَالْقُرْبَىٰ مِنْ جِهَةِ الأَبِ لاَ تَحْجُبُ (ح) البُعْدَى مِنْ جِهَةِ الأُمِّ عَلَىٰ أَظْهِرِ القَوْلَيْنِ، وَالجَدَّةُ مِنَ الْجِهَتَيْنِ لاَ تَحْجُبُ الجَدَّةِ مِنْ جِهَةٍ وَاحِدَةٍ، بَلْ يَشْتَرِكْنَ عَلَى السَّوَاءِ فِي السُّدُسِ.

«القول في الحجب»

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لمَّا تكلَّم في ترتيب العصَبَاتِ، وبيَّن المتقدِّم والمتأخِّر منهم، والَّذين يقعُون في درجةٍ واحدةٍ، أراد أن يبيِّن سائر الورثةِ مَنْ لا يُحْجَبُ ومَنْ يُحْجَبُ وَحَاجِبَهُ، ثم أحوجه سياقُ الكلاَمِ إلَىٰ أن يُعِيدَ بعْضَ ما يتعلَّق بترتيب العَصَباتِ، على ما بيَّنه ..

واعلم أن الحَجْبَ نوْعَان[1]: حجْبُ نُقْصَانٍ: يَحْجُبُ الولَدُ الزَّوْجَ من النِّصْف إلى

---

(١) الحجب لغة: المنع وشرعاً منع شخص معين عن ميراثه أما كله أو بعضه بوجود شخص آخر.
والمراد بقولنا عن ميراثه ـ أن يقوم به سبب الأرث كالقرابة فيمنع عنه وقولنا ـ أما كله أو بعضه ـ (أو) فيه للتنويع لا للشك. فالأول حجب الحرمان والثاني حجب النقصان.
ولهذا المبحث شأن عظيم في الفرائض. فمن لم يعرف الحجب لا يعد عالماً بالفرائض ويحرم عليه أن يفتي وفيها.
وهو في حد ذاته قسمان:
(١) حجب بالأوصاف وهي الموانع السابقة التي هي الرق والقتل... الخ.
(٢) حجب بالأشخاص وهو المراد من عبارة الفرضيين عند إطلاقهم لفظ الحجب. وهذا على نوعين.
أولاً: حجب حرمان.
ثانياً: حجب نقصان.
والورثة في الحجب على ثلاثة أصناف:
الأول: أن يكون كل من الحاجب والمحجوب عصبة. وفي هذه الحالة قد يكون الحجب حجب حرمان كما إذا كانا في جهة واحدة ولكن أحدهما أقرب ورحمة من الآخر فإن الأقرب يحجب الأبعد، وقد يكون حجب نقصان كالعصبتين المتساويتين في القرب كالابنين مثلاً. فإن كل واحد منهما يحجب عن ميراث الكل إلى البعض بوجود الآخر.
الثاني: إذا كانا من أهل السهام. وفي هذه الحالة أيضاً يكون حجب حرمان ونقصان فالأول ـ كما إذا اجتمع أولاد الأم مع البنات وبنات الابن والثاني ـ كالأم مع البنات والأخوات. والأخت لأب مع الشقيقة.
=

. . . .

= **الثالث**: إذا كان أحدهما عاصباً والآخر ذا فرض: ولا يخلو الحال من أن يكون الحاجب ذا سهم والمحجوب عصبة فيحجب العصبة حينئذ حجب نقصان بذي السهم ـ كالبنت مع الابن والأخت مع الأخ فإن لو لم تكن الأنثى لصار جميع المال للذكر. وبوجود الأنثى انتقص نصيبه.

أو يكون الحاجب عصبة والمحجوب ذا سهم. وفي هذه الحالة قد يكون الحجب حجب نقصان كما إذا ترك الميت أختين شقيقتين وأختين لأم. وأم فالمسألة في الأصل من ستة وتقول بسدسها إلى سبعة ويكون للأختين الثلثان «أربعة» من سبعة فلو ترك معهما أخاً شقيقاً لكان لهما معه ثلاثة من ستة.

وقد يكون حجب حرمان كبنت الابن مع الابن أو كأخ شقيق مع الأخت لأب واعلم أيها القارىء الكريم أن: الحجب مبني على قاعدتين: ـ

إحداهما: أن كل من يدلي إلى الميت بشخص لا يرث مع وجود ذلك الشخص كابن الابن فإنه لا يرث مع الابن. وشرط حجب المدلي بالمدلَى به أحد أمرين أمّا استحقاق المدلَى به جميع التركة سواء اتحدا في سبب الإرث أم لا كما في الأب والجد والابن وابنه فإن الأب يدلي به الجد والابن يدلي به ابنه. . . الخ وهما يستحقان جميع التركة، وقد اتحدا أي المدلي والمدلَى به في سبب الإرث: ومثال عدم اتحادهما في سبب الإرث أب وإخوة وأخوات فإن المدلى به لما أحرز جميع المال لم يسبق للمدلي شيء أصلاً. وقد اختلفت جهة الإرث في هذا المثال.

الشرط الثاني: اتحاد السبب إذا لم يستحق المدلَى به الجميع كما في الأم وأم الأم. فإن المدلَى به وهي الأم لما أخذت نصيبها بجهة الأمومة لم يبق للجدة شيء من النصيب الذي يستحق بتلك الجهة فليس لها نصيب آخر وصارت محرومة.

أما إذا اختلفا في السبب كما في الأم مع أولاد الأم فإن المدلَى به وهي الأم تأخذ نصيبها المستند إلى سبب الأمومة كاملاً والمدلي وهو ولدها يأخذ نصيباً آخر مستنداً إلى سبب آخر وهي الأخوة مع كونها أي تلك الجهة لا تستحق جميع التركة لو انفردت.

الثانية: ما تقدم في باب العصبات من أن التفضيل يكون بالجهة عند اختلافها فإن اتحدت واختلفت الدرجة فالأقرب درجة يحجب الأبعد عنه أما إن اتحدت الجهة والدرجة واختلفت القوة قدم الأقوى قرابة على الأضعف وكما تتحقق هذه القاعدة في العصبات كذلك قد تجري في أصحاب الفروض فمثال التقديم في أصحاب الفروض بالجهة. .

تقديم البنت أو بنت الابن على ولد الأم. ومثال التقديم بالقرب تقديم البنتين على بنتي الابن اللتين لم يعصبا.

ومثال التقديم بالقوة ـ تقديم الأختين الشقيقتين على أختين لأب لم يعصبا.

وقد تتحقق هذه القاعدة في أصحاب الفروض مع العصبات:

فمثال التقديم فيهم بالجهة: تقديم الأب أو الجد على الأخوة للأم.

ومثال التقديم بالقرب ـ تقديم ابن على بنت ابن.

ومثال التقديم بالقوة ـ تقدم الأخ الشقيق على الأخت للأب ولا يفوتنا أن نذكر حجب الأصول والفروع والحواشي توضيحاً للقاعدتين السابقتين فنقول:

الجد في جميع حالاته يحجب بالأب كذلك: لأن الجد انتسب إلى الميت بواسطة الأب. وكذلك=

. . . .

= يحجب كل جد قريب كلَّ جدٍّ بعيد لأولائه به.
أما الجدات فتحجب بالأم سواء أكانت الجدات من جهة الأم أم من جهة الأب. أما حجب الأولى بالأم فلأنها تدلي بها. وأما حجب الثانية بها فلكون الأم أقرب من يرث بالأمومة. فإنها ترث بها بلا واسطة بخلاف الجدات فيرثن بها بواسطة: فالتي من جهة الأب ترث بالأمومة باعتبار كونها أم أب. والتي من جهة الأم ترث بالأمومة باعتبار كونها أمَّ أمٍّ.
روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال:
«أتت أبا بكر الجدة مع ابنتها فطلبت الميراث من بنتها فجلس أبو بكر على المنبر يشير كأنه يريد أن يشركها مع ابنتها فدخل العباس بن عبد المطلب وأبو بكر يقول تلك المقالة ـ فقال العباس ـ أحقهما التي باتت تقول على رأسه آه، آه. . فقال أبو بكر ـ صدقت ـ فورث بنتها وترك أم البنت التي هي جدة الميت. والأم إذا حجبت الجدة من قِبلها حجبت الجدة من قبل الأب أيضاً لأنها مثلها. بل الجدة من قبل الأب أضعف حالاً من الجدة التي من قبل الأم ولهذا قدمت الثانية على الأولى في حق الحضانة.
وكما تحجب الجدات من جهة الأب بالأم. تحجب أيضاً بالأب وهو قول عثمان وعلي وزيد بن ثابت وغيرهم رضي الله عنهم.
وتسقط الجدات الأبويات أيضاً بالجد إلا أم الأب وإن علت كأم أم الأب وهكذا فإنها ترث مع الجد لأنها ليست من قبله بل هي زوجة له مثلاً فترث مع الجد. كما أن الأم ترث مع الأب.
والجدة القربى من أي جهة تحجب البعدى من تلك الجهة سواء أكانت من قبل الأب أو من قبل الأم.
وحاصل أقسام الجدات باعتبار القريب والبعد أربعة:
إذ لا يخلو إما أن تكون القربى والبعدى من جهة الأم كأم الأم مع أم أم الأم أو يكون كل منهما من جهة الأب كأم الأب مع أم أم الأب. أو القربى من جهة الأب والبعدى من جهة الأم كأم الأب مع أم أم الأم. أو العكس كأم الأم مع أم أم الأب أو مع أم أبي الأب..
وحكم هذه الأقسام أن القربى من أي جهة تحجب البعدى من أي جهة لكن إذا كانت القربى من جهة الأب والبعدى من جهة الأم. فالأصح عند الشافعي رحمه الله أن الجدتين تقتسمان السدس بالسوية بينهما وهو مروي عن زيد بن ثابت في إحدى الروايتين عنه.
وإليه ذهب مالك رضي الله عنه. لأن الجدة إنما تستحق بالأمومة وهي في الجدة التي في جانبها الأم أظهر فإنها أم تدلي بأم بخلاف الأبوية فإنها أم تدلي بأب. فإذا كانت القربى من جهة الأم فلها رجحان بزيادة القرب وظهور صفة الأمومة معاً فكانت أولى.
أما إذا كانت القربى من جهة الأب والبعدى من جهة الأم كما هو الفرض فلاحداهما ظهور الصفة وللأخرى زيادة القرب فتستويان في استحقاق الإرث.
ويرى أبو حنيفة رضي الله عنه أن البعدى من جهة الأم تسقط بالقربى من جهة الأب وهو المفتى به عند الحنابلة. وأحد القولين للشافعي واستدل الحنفية، بأن استحقاق الجدة باعتبار الأمومة وهي الأصلية ومعنى الأصلية في القربى أظهر وأقوى من في البعدى سواء أكانتا من جهة واحدة أم من جهتين فتكون القربى مقدمة على البعدى مطلقاً. ولو كان ظهور الأمومة موجباً للتقديم لكانت أم الأم مقدمة على أم الأب مع تساويهما في الدرجة مع أن تقديمها في تلك الصورة لم يقل به أحد.

. . . .

= ورد عليه بأن قوة المدلَى به في أم الأب قاوم ظهور الأمومة التي في أم الأم فتساويا حينئذ فلم تتقدم أم الأب عليها لعدم الترجيح ـ سواء في جميع ما تقدم أكانت القربى وارثة كأم الأب عند عدمه مع أم أم الأم وكأم الأم عند عدمها مع أم أم الأب ـ أم محجوبة كأم الأم عند وجودها فإنها محجوبة بها ومع ذلك تحجب أم أم الأب والجدة الوارثة هي من أدلت بمحض الذكور كأم الأب وأم أب الأب أو أدلت بمحض الإناث كأم أم الأم أو بمحض إناث إلى ذكور كأم أم أب كما تقدم شرحه.

وأما حجب الفروع فالابن يحجب ابن الابن وابن ابن الابن وإن نزل وابن الابن يحجب ابن ابن الابن وهكذا كل ابن ابن وبنت ابن نازلين بابن ابن أقرب منه.

وهو مبني على القاعدة الثانية المتقدمة.

أما حجب الأخوة، فهم يسقطون بالولد الذكر واحداً أو أكثر سواء أكان الأخوة أشقاء أم لأب أم لأم ذكوراً كانوا أم إناثاً واحداً أم متعدداً. وولد الابن الذكر كالولد في حجب الأخوة سواء أكان ابن الابن واحداً أم أكثر.

وتسقط أيضاً الأخوة بالأب دون الجد فيقاسمون كما سيأتي وإنما حُجبت الاخوة بالابن وابن وبالأب لمفهوم معنى الكلالة فإنها هي من لم يترك ولداً ولا والداً. وقد ورد لفظ الكلالة في آيتين: ـ

الأولى: قوله تعالى: ﴿وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة﴾... الآية فهذه تفيد بمفهومها حجب الأخوة للأم بالولد والوالد.

وخص منها البنت فإنها لا تحجب الأخوة الأشقاء أو الأب ودليل التخصيص هنا ما ورد في السنة.

والثاني: قوله تعالى: ﴿يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة﴾... الآية وهي تفيد بمفهومها أيضاً حجب الأخوة الأشقاء أو لأب بالابن والأب وابن الابن في الأولى ملحق بالابن.. وكذا في الثانية ملحق به ودليله من السنة قوله ﷺ (فما بقي فلأولى رجل ذكر).

ولا شك أن كلاً من الابن والأب وكذا ابن الابن أولى من الأخوة فعلم أن الأشقاء يحجبون بالابن وابن الابن والأب.

والأخ لأب يحجب بهؤلاء الثلاثة وبالشقيق. وبالأخت الشقيقة إذا صارت عصبة مع البنت أو بنت الابن.

وابن الأخ الشقيق يحجب بهؤلاء وبالجد وبالأخ للأب وبالأخت للأب إذا صارت عصبة مع البنت أو بنت الابن، وابن الأخ للأب وخص من هذا البنت مع الأخت بالحديث فإنها عصبة يحجب بهؤلاء وبابن الأخ الشقيق.

والعم الشقيق يحجب بهؤلاء وبابن الأخ للأب.

والعم للأب يحجب بهؤلاء وبالعم الشقيق.

وابن العم الشقيق يحجب بهؤلاء وبالعم للأب.

وابن العم للأب يحجب بهؤلاء وبابن العم الشقيق.

والمدلي المعتق ذكراً كان أو أنثى يحجب بهؤلاء وابن العم للأب.

أما الأخ للأم وأخته فيحجبان بالابن وابن الابن والأب والبنت وبنت الابن والجد. =

الرُّبُعِ [والزوجة من الربع إلى الثمن] والأمّ من الثُّلُثِ إلى السُّدسِ، وحَجْبُ حِرْمَانٍ: وهو أنْ يُسْقِطَ الشخْصُ غيره بالكُلِّيَّة، وهو المقصودُ من هذا الفصل والذي يَلِيه، والورثةُ ينقَسِمُون إلَىٰ من لا يتوسَّط بينهم وبَيْن الميت غيرهم، وهم: الزَّوْجُ، والزَّوْجة، والأَبُ، والأمُّ، والابنُ، والبنتُ، وإن اختصرْتَ، قلْتَ، الزوجَانِ، والأَبوانِ، والأَوْلادِ فهؤلاء لا يحجُبُهُمْ غيرهم، وإلَىٰ من يتوسَّط وهم ثلاثة أضْرُبٍ:

الأَوَّلُ: المنتسبُونَ إلَى الميِّت من جهة العُلُوِّ، وهمُ الأُصول، فالجَدُّ لا يحجُبُه إلا الأبُ، وإنما حجبه الأب؛ لأنه مَنْ يُدْلِي بعصبة، لا يَرِثُ معه، وكذلك كلُّ جدٍّ يَحْجُبُ مَنْ فَوْقَهُ، والجَدّاتُ قد يَحْجُبُهُنَّ غيْرُهُنَّ، وقد يَحْجُبُ بعضُهن بعضاً.

فأما حجْبُهنَّ بغَيْرِهِنَّ، فالأمُّ تحْجُبُ كلَّ جدةٍ، سواءٌ كانتِ منْ جهتِها أو مِنْ جهةِ الأَبِ، كما يحجُبُ الأبُ كلَّ من يرث بالأُبُوَّة.

قال العلماء: وكأَنَّ الجدات يرثْن السُّدسَ الذي تستحقُّه الأمُّ، فإذا أخذَتْهُ، فلا شَيْءَ، والأبُ يحْجُبُ كلَّ جدةٍ من جهته؛ خلافاً لأحمد في أصحِّ الروايتَيْنِ.

لنا: أنها تُدْلِي بعصبة، فلا ترث معه، كالجَدِّ، وابْنِ الابْنِ، وأنها تُدْلِي بوَلَدِها، فلا تُشَارِكُه في الميرَاثِ، كأمِّ الأمِّ مع الأمِّ.

وكذلكَ كلُّ جدٍّ يحجب كلَّ أمِّ نفْسِهِ وآبائه، ولا يحْجُب أمَّ من هو دونَهُ.

والأَبُ والأجدادُ لا يَحْجُبُون الجدَّةَ من جهة الأمِّ، قريبة كانت أو بعيدةً بالإجماع. وأما حجْبُ بعْضِهِنَّ ببعض فالقربَىٰ من كلِّ جهةٍ تَحجُبُ البعدَىٰ من تلْك الجهةِ، وهذا من جهة الأمِّ لا يكونُ إلاَّ والبُعْدَىٰ مُدْلِيَةٌ بالقربَىٰ.

ومِنْ جهةِ الأَبِ، قد يكونُ كذلك، فالحكم كمثْلٍ، وقد لا يكونُ كأمِّ الأبِ، وأمِّ أبِي الأبِ، ففيه اختلافٌ عن الفرضيين.

= وبنت الابن فأكثر تحجب بالبنتين فأكثر ما لم يعصبها ابن ابن في درجتها أو أنزل منها فترث وبنت ابن الابن مع بنتي الابن كذلك وهكذا تحجب الأخوات للأب الواحدة والمتعددة بالشقيقتين فأكثر إذ لم يسبق لهن من الثلثين شيء ما لم يكن معهن أخ لأب فيعصبهن ولا يعصب إلا من في درجة، ينظر الميراث للشيخ وهبة إبراهيم.

«تتمة»

وجود المحجوب بالوصف كالعدم فلا يحجب أحداً حرماناً ولا نقصاناً عند الشافعية والحنفية وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم لما روي - أن امرأة مسلمة تركت زوجاً مسلماً وأخوين من أمهما مسلمين وابناً كافراً. فقضى فيها علي وزيد بن ثابت بأن للزوج النصف ولأخويها الثلث وما بقي فهو للعصبة لو كان هناك عصبة ترث ولم يعطوا الابن لكونه كافراً وجعلوا وجوده كالعدم بالنسبة للحجب خلافاً لابن مسعود فإنه قال لا يحجب حجب حرمان بل حجب نقصان.

والذي أوردَه صاحبُ «التهذيب» وغيرُهُ أنَّ القُربَىٰ تحجُب البُعدَىٰ أيضاً، ولو كانتِ البُعْدَىٰ مدليةً بالقُرْبَىٰ، لكنَّ البُعْدَىٰ جَدَّةٌ من جهة أخرَىٰ، فلا تَحجب.

ومثالُهُ: أن يكونَ لزينب بنتان حفصةُ، وعَمْرَةُ، ولحفْصَةَ ابْنٌ، ولعمرةَ بنْتُ بنتٍ فنكح الابْنُ بنْتَ بنْتِ خالَتِهِ، فأتت منه بوَلَدٍ، فلا تُسْقِطُ عمرةُ التي هِيَ أمُّ أمِّ أمِّهِ أُمَّهَا؛ لأنَّها أمُّ أمِّ أبِي المولودِ[1].

والقربَىٰ من جهة الأمِّ كأمِّ الأمِّ تحْجُبُ البُعْدَىٰ من جهة الأب كأمِّ أم الأبِ، كما أن الأم تَحْجُبُ أمَّ الأب.

والقربَىٰ من جهة الأبِ كأمِّ الأبِ هل تحْجُبُ البُعْدَىٰ من جهة الأم؛ كأمِّ أمِّ الأمِّ، فيه روايتانِ عن زَيْدٍ، وقولانِ للشَّافِعِي ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ـ.

أحدُهما: وبه قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ نعم، وحجَبَتِ القربَىٰ من جهة الأمِّ البُعْدَىٰ من جهة الأب.

وأظهرهما: وبه قال مالك وأحمد ـ رحمهما الله ـ: لا، لأنَّ الأب لا يَحْجُبُ تلك الجدَّةَ، فأمّه المُدْلِيَةُ به أَوْلَىٰ ألا يحجُبَهَا، وعلى هذا القياسِ نقَلَ صاحب «التهذيب» أن القُرْبَىٰ من جهةِ أمهاتِ الأَبِ، كأمِّ أمِّ الأب تُسْقِطُ البُعْدَىٰ من جهة أباء الأبِ، كأمِّ أم أبي الأب، وأم أبي أبي الأبِ، والقربَىٰ من جهة أباء الأَبِ؛ كأم أبي الأب، هَلْ تُسْقِطُ البعدَىٰ من جهةِ أمهاتِ الأَبِ؛ كأم أم أم الأب، فيه القولان.

وقوله في الكتاب: «وأمُّ الأبِ يحْجُبُها الأبُ» معلم بالألف.

وقوله: «والقُرْبَىٰ من جهة الأَبِ لا تَحْجُبُ البُعْدَىٰ من جهة الأُمِّ» بالحاءِ، وأَمَّا قوله و«الجَدَةُ من الجهتين لا تُحجُبُ الجَدَّةَ من جهةٍ واحِدَةٍ» هذه فقد صوَّرنا في هذا الفصْل ومِنْ قَبْلُ الجَدَّةَ من جهتين، بَيَّنا أنَّ السُّدُسَ يكونُ بينهما ومن ضرورته ألا تكون واحدةٌ منهما حاجبةً للأخرى، ولْيُعْلَمْ قولُهُ «على السواء» بالواو؛ لوجهٍ قدَّمنا، فإن القِسْمَةَ على الجهات لا عَلَى الرؤوس والله أعلم.

قال الغَزَالِيُّ: **أَمَّا أبْنُ ٱلأبْنِ فَلاَ يَحْجُبُهُ إِلاَّ ٱلأبْنُ، وَأَمَّا بِنْتُ ٱلأبْنِ فَيَحْجُبُهَا ٱلأبْنُ، وَبِنْتَانِ مِنْ أَوْلاَدِ الصُّلْبِ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ مَعَهَا أَوْ أَسْفَلَ مِنْهَا مَنْ يُعَصِّبُهَا، وَٱلأَخُ لِلأَبِ وَٱلأُمِّ**

(١) أي فالكبرى جدة هذا الولد من قبل أبيه ومن قبل أمه لكنها من قبل الأب أقرب لأنها أم أم أبيه وابنتها أم أم أمه فهي مساوية لها، فإذا مات هذا الولد وليست له أم قريبة كان القياس الذي تستحقه الجدة من هذه العليا وابنتها لتساويهما في الجدودة قال القاضي أبو الطيب والروياني: وليس لنا جدة ترث مع ابنتها إلا في هذه الصورة.

لاَ يَحْجُبُهُ (ح ز و) إِلاَّ الأَبُ وَالاْبْنُ وَابْنُ الاْبْنِ، وَالأُخْتُ لِلأَبِ وَالأُمِّ كَذَلِكَ، وَالأَخُ لِلأَبِ يَحْجُبُهُ مَنْ يَحْجُبُ الأَخَ لِلأَبِ وَالأُمِّ، وَالأَخُ لِلأَبِ وَالأُمِّ أَيْضاً يَحْجُبُهُ، وَالأُخْتُ لِلأَبِ يَحْجُبُهَا مَنْ يَحْجُبُ أَخَاهَا، وَأُخْتَانِ مِنْ قِبَلِ الأُمِّ وَالأَبِ، وَالإِخْوَةُ وَالأَخَوَاتُ لِلأُمِّ يَحْجُبُهُمُ الأَبُ وَالجَدُّ وَالاْبْنُ وَالبِنْتُ وَابْنُ الاْبْنِ وَبِنْتُ الاْبْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الضربُ الثَّاني: المنتسبون إِلَيْهِ مِنْ جهةِ السُّفَل، فابن الابنِ لا يحْجُبُه إِلاَّ الابنُ، وهو كما سبق في ترتيب العَصَبَاتِ، وبنْتُ الابْنِ يَحْجُبُهَا الابنُ، وكذا بنتان من أولادِ الصُّلْب إلاَّ أن يكونَ مَعَها أو أَسْفَلَ منها ذَكَرٌ يُعَصِّبُها، وكَذَا بَنَاتُ ابْنِ الابْنِ يَحْجُبُهَا ابنُ الابْنِ، ويَسقُطن أيضاً، إذا استكملت بناتُ الابْنِ الثلثَيْنِ إلاَّ أنْ يكونَ معَهُنَّ أو أسفَلَ منهن ذَكَرٌ فَيُعَصِّبُهُنَّ، وكذا إن كانتْ بنتٌ من الصُّلْب، وبنتُ ابنٍ أو بناتُ ابنٍ، وعلَىٰ هذا القياس.

الضَّرْبُ الثَّالِثُ: المنتَسِبُون إِلَيْه على الطَّرف، فالأخُ من الأبوين يحجبه ثلاثةٌ؛ الأَبُ، والابْنُ، وابنُ الابْنِ، واحتجَّ لذلك بقولِهِ تعالَىٰ: ﴿**قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ**﴾ [النساء: ١٧٦] الآيَةَ، لكنه احتجاجٌ يفتقِرُ إِلَىٰ مقدِّمات طويلةٍ.

وفي الإجماع ما يغني عن مِثْلِهِ، ويجوزُ أنْ يُعْلَمَ قولُه في الكتاب: «لا يحجبه إلا الأبُ والابنُ وابنُ الابنِ» بالحاء والزاي والواو، ولأن مَنْ يقولُ: الجَدُّ والإِخْوَةُ لا يتقاسَمُون يسقطهم بالجد، والأخت من الأبوين، كالأخِ في أنّه لا يَحْجُبُهَا إلا الثلاثةُ، والأخُ من الأبِ يَحْجُبُهُ الَّذين يحجُبُون الأخَ من الأبوَيْنِ؛ لِمَا سَبَقَ من الحَدِيثِ في تَرْتِيبِ العَصَبات فجملةُ حاجِبِيهِ أربعةٌ، والأختُ من الأب يحجُبُهَا هؤلاء الأربعةُ، وكذلك إِذَا استكْمَلَتِ الأختانِ أو الأخوات من الأبوَيْنِ الثلثَيْنِ سَقَطَتِ الأخواتُ من الأبِ إلاَّ أنْ يكونَ معَهُنَّ مَنْ يُعَصِّبُهُنَّ.

والإِخوةُ والأخواتُ من الأمِّ يحجُبُهُمْ ستَّةٌ: الأبُ، والجَدُّ، والابنُ، وابنُ الابْنِ، والبِنْتُ، وبنتُ الابْنِ، وإنْ شئْتَ قُلْتَ: أربعةٌ: الأَبُ، والجَدُّ والوَلَدُ، ووَلَدُ الابْنِ، ووجْهُهُ قولُه تعالَىٰ: ﴿**وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ**﴾ [النساء: ١٢] الآيَةَ، والمرادُ من الأم على ما تقدَّم.

وقوله [تعالَىٰ]: ﴿**يُورَثُ كَلَالَةً**﴾ مفسَّرٌ بأنْ يرثه غَيْرُ الوالدين والمولودين، ثم يُقَالُ: «الكَلاَلَةُ»: اسمُ الميت، ويقال: اسْمُ غَيْرِ الوالدين والمولودين من الوَرَثَةِ.

وعن الأَزْهَرِيِّ وقُوعُهُ عليهما جميعاً، فدلَّت الآيةُ على أنَّهُم إِنَّما يرثون عند عدم الوَالِدِ والوَلَدِ.

ومِنَ الأصحابِ مَنْ [يَخْلِطُ أصحاب الفروض بالعَصَبَاتِ، وَيَعُدُّ كلَّ واحدٍ من

الورثة ومَنْ][1] يَحْجُبُهُ.

أما الرجال، فالابنُ لا يَحْجُبُهُ غيره، وابنُ الابْنِ لا يحْجُبُهُ إلا مَنْ يُدْلِي به.

والأَبُ لا يُحْجَبُ، والجَدُّ لا يحْجُبُهُ إلاَّ من يُدْلِي به، والأَخُ من الجهات على ما تبيَّن، وابنُ الأخِ من الأبوَيْنِ يحْجُبه ستَّةٌ: الابْنُ، وابنُ الابنِ، والأبُ، والجَدُّ، والأخُ من الأَبَوَيْنِ، والأخُ من الأب، وابنُ الأخ من للأب يحْجُبه هؤلاء، وابْنُ الأخ من الأَبَوَيْنِ والعمُّ من الأَبَوَيْنِ يحجُبُهُ هؤلاءِ، وابنُ الأخِ من الأبِ والعمُّ من الأبِ يحْجُبُهُ هؤلاء والعمُّ من الأبوَيْنِ يحْجُبه هؤلاءِ، والعمُّ من الأب وابْنُ العَمِّ من الأبِ يحْجُبُهُ هؤلاء.

وابن العمِّ من الأبوَيْنِ والزَّوْجُ لا يُحْجَبُ، والمعْتِقُ يحْجُبُهُ عصباتُ النَّسَب.

وأما النساءُ، فالبنْتُ لا تُحْجَبُ، وبنتُ الابْنِ يحْجُبُها الابن، وبنتُ الصُّلْبِ، إذا لم يَكنْ مَنْ يُعَصِّبها، والأمُّ لا تُحْجَبُ، والجَدَّةُ من الأمِّ لا يحْجُبُها إلاَّ الأمُّ، ومِنَ الأبِ يحْجُبُهَا الأبُ والأمُّ، والأختُ من الجهاتِ علَى ما بيَّنَّا.

والزوجةُ والمعتِقَةُ كالزَّوْجِ والمُعْتِقِ. وكلُّ عصبةٍ من هؤلاء يحْجُبُهُ أصحابُ الفُرُوض المستغْرِقَةِ للتَّرِكَةِ.

قال الغَزَالِيُّ: **وَمَنْ لاَ يَرِثُ لاَ يَحْجُبُ إِلاَّ فِي مَسْأَلَةٍ وَهِيَ أَبَوَانِ وَأَخَوَانِ فَإِنَّ الأَخَوَيْنِ سَاقِطَانِ بِالأَبِ، ويَحْجُبَانِ الأُمَّ مِنَ الثُّلُثِ إلى السُّدُسِ، وَالتَّقْدِيرُ أَنَّهُمَا يَحْجُبَانِ الأُمَّ أَوَّلاً ثُمَّ الأَبُ يَحْجُبُهُمَا وَيَأْخُذُ فَائِدَةَ حَجْبِهِمَا.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: جميعُ ما ذَكَرْنا في حَجْب شخص بشَخْصٍ فيما إذا كان الحَاجِبُ وارِثاً من الميِّت، أمَّا إذا لم يَرِثْ، نُظِرَ إنْ كانَ امتناعُ الإرثِ لِرِقٍّ، وما في معناه من الموانِعِ، فَلاَ يُحْجَبُ لا حَجْبَ حرمانٍ، ولا حَجْبِ نُقْصَانٍ، أما حجْبُ الحِرْمَانِ فمُجْمَعٌ علَيْه، وأما الآخَرُ، فمَقِيسٌ عليه، فلو ماتَ عن: ابْنٍ رقيقٍ، وزوجةٍ وأخ حرين لم يحرم الأخ الابن[2] ولا ينقص فرض الزوجة، وإنْ كان لا يَرِثُ لتقدُّمِ غيره علَيْه، فقد يحجب غيره حَجْبَ النقْصَانِ، وذلك في صُوَرٍ:

إحداها: إذا ماتَ عَنْ: أبوَيْن، وأخوَيْنِ، فللأمِّ السُّدُسُ لمكانِ الأخَوَيْنِ، والباقي للأبِ، لأنهما يسقطان بالأب، ويَرْجع فائدةُ حَجْبِهِمَا إلَيْه.

الثانيةُ: أمٌّ وجَدٌّ، وأخَوَانِ، مِنَ الأُمِّ، الحكْمُ كما في الصورة الأُولَىٰ.

---

(١) سقط من ب.

(٢) في ب لا يحرم الابن الأخ.

الثالثةُ: أبٌ، وأمُّ أبٍ، وأمُّ أُمٍّ، تسقط أمُّ الأَبِ بالأَبِ، وفيما ترثه أم الأمّ وجهان:

أحدُهما: نصْفُ السُدُسِ، لأنَّ الأَبَ هو الذي حجْبَ أمَّه، فترجع فائدةُ الحَجْب إليْه.

وأَظْهَرُهُمَا: السُّدُسُ؛ لانفرادِها بالاسْتِحقَاق، ولَيْسَ كما سَبَق، لأنَّ الجَدَّة ترث بالفرضيَّة، فلا تناسب جِهَة استحقاق الأَب، وهِيَ العُصُوبَة، وهناك كُلُّ واحدٍ منهما يرث بالعصوبة، فأمكن ردُّ الفائدة إليه.

الرابعةُ: في المعادَّة.

إذا مات عن جَدٍّ وأخٍ من الأَبَوَيْنِ وأخٍ من الأبِ، ينقص الأخُ من الأبِ نصيب الجد، ولا يأخذ شيئاً.

وقولُه في الكتاب: «ومَنْ لاَ يَرِثُ، لا يَحْجُبُ إلاَّ في مَسْأَلَةٍ»... هذه اللفظةُ مشهورة من الفرائض مع هذا الاستِثْنَاءِ، وليس المراد منه حَجْبَ الحِرْمَانِ، فإنَّه لا استثنَاءَ منْه، وإنَّما المُرَادُ حَجْبُ النقصان، أو ما يشتركانِ فيه.

وعلَىَ التقديرَيْنِ، فالاستثْنَاءُ غيْرُ مقْصُود في المسْأَلَة المَذْكورة، كما تَبَيَّن.

فالتقدير أنهما يَحْجُبَانِ الأمَّ أوَّلاً ثم الأَبُ يَحْجُبُهُمَا ويأخذ فائدة حجبهما قضية اللفظ ترتب حجبهما على الحَجْب بهما، ولا يعرف بهما ترتُّبٌ لا بالزَّمَانِ ولا بالرُّتْبَةِ وصرف ما يفضي إلى الأب متوجه منْ غَيْرِ أن يُقَدَّرَ هنا الترتيب بأنْ يُقَالَ: ليس لها مَعَ الأَخَوَيْنِ إلا السُّدُسُ بالنَّصِّ، فما يبقَىٰ يأخُذُهُ الأبُ بالعُصُوبة، وبتَقْدِير ثُبُوت الترتيب المفْرُوضِ.

فالأخوان حين حجبنا الأم لم يخرجا عن كونهما وارثين؛ لأنهما لم يحجبا بعْدُ، فلا تكونُ المسألةُ مستثناةً منْ قَوْلنا: «من لا يَرِثُ لاَ يَحْجُبُ». والله أعْلم.

قال الغَزَاليُّ: **وَمَهْمَا اجْتَمَعَتْ قَرَابَتَانِ فِي شَخْصٍ وَاحِدٍ لاَ يَجُوزُ الجَمْعُ بَيْنَهُمَا فِي الإِسْلاَم قَصْداً، وَلَكِنْ لَوْ حَصَلَ بِنِكَاحِ المَجُوسِ أَوْ بِوَطْءِ الشُّبْهَةِ يَسْقُطُ أَضْعَفُ القَرَابَتَيْنِ بِأَقْوَاهُمَا وَلَمْ يُوَرَّثْ (ح و) بِهِمَا، وَالأَقْوَىٰ يُعْرَفُ بِأَمْرَيْنِ (أَحَدُهُمَا): أَنْ تَحْجُبَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَىٰ كَبِنْتٍ هِيَ أُخْتٌ لأُمٍّ فَتَسْقُطُ أُخُوَّةُ الأُمِّ بالبُنُوَّةِ (وَالثَّانِي): أَنْ تَكُونَ إِحْدَاهُمَا أَقَلَّ حَجْباً كَأُمٍّ هِيَ أُخْتٍ لِأَبٍ وَرِثَتْ بِالجُدُودَةِ، لأَنَّ الجَدَّةِ لاَ تَسْقُطُ إِلاَّ بِوَاحِدَةٍ وَهِيَ الأُمُّ، وَالأُخْتُ تَسْقُطُ بالأبِ وَالابْنِ وَابْنِ الابْنِ، فَإِذَا نَكَحَ المَجُوسِيّ ابْنَتَهُ فَوَلَدَتْ بِنْتاً فَمَاتَ المَجُوسِيُّ فَقَدْ خَلَّفَ بِنْتَيْنِ إِحْدَاهُمَا زَوْجَةٌ فَلاَ حُكْمِ لِلْزَوْجِيَةِ، وَلَهُمَا الثُّلُثَانِ، وَإِنْ مَاتَتِ**

العُلْيَا بَعْدَهُ فَقَدْ خَلَّفَتْ بِنتاً هِيَ أُخْتٌ لِأَبٍ فَلَهَا النِّصْفُ بِالْبُنُوَّةِ، وَسَقَطَتِ (ح و) الأُخُوَّةُ، وَإِنْ مَاتَتِ السُّفْلَىٰ أَوَّلاً فَقَدْ خَلَّفَتْ أُمّاً هِيَ أُخْتٌ لِأَبٍ فَلَهَا الثُّلُثُ بِالأُمُومَةِ وَسَقَطَتِ (ح و) الأُخُوَّةُ، فَلَوْ أَنَّ المَجُوسِيَّ وَطِىءَ البِنْتَ السُّفْلَىٰ فَوَلَدَتْ بِنْتاً، فَإِذَا مَاتَ فَقَدْ خَلَّفَ ثَلاَثَ بَنَاتٍ فَلَهُنَّ الثُّلُثَانِ، فَإِنْ مَاتَتِ العُلْيَا فَقَدْ خَلَّفَتْ بِنتاً وَبِنْتَ بِنْتٍ، فَلِلْبِنْتِ النِّصْفُ بِالبُنُوَّةِ، وَلِبِنْتِ البِنْتِ البَاقِي بِأُخُوَّةِ الأَبِ، وَأُخُوَّةُ الأَبِ فِي حَقِّ البِنْتِ العُلْيَا قَدْ سَقَطَتْ، فَلَوْ مَاتَتْ الوُسْطَىٰ أَوَّلاً فَقَدْ خَلَّفَتْ أُمّاً وَبِنتاً هُمَا أُخْتَا أَبٍ، فَسَقَطَتِ الأُخُوَّةُ مِنَ الطَّرَفَيْنِ، فَلِلأُمِّ السُّدُسُ وَلِلْبِنْتِ النِّصْفُ، فَلَوْ مَاتَتِ السُّفْلَىٰ أَوَّلاً فَقَدْ خَلَّفَتْ أُمّاً وَأُمَّ أم هُمَا أُخْتَا أَبٍ، فَلِلأُمِّ الثُّلُثِ بِالأُمومَةِ، وَلِأُمِّ الأم النِّصْفُ بِأُخُوَّةِ الأَبِ، وَسَقَطَتْ جُدُودَتُهَا بِالأُمِّ، هَذَا طَرِيقُ النَّظَرِ فِيهِ.

القول في ميراث المجوسي:

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصودُ الفَصْلِ الكلامُ فيما إذا اجْتَمَعَا فِي شَخْصٍ وَاحِدٍ قرابَتَانِ، منع الشرْعُ من مباشرةِ سَبَبِ اجتماعِهِمَا؛ كأمٍّ هي أختٌ، وذلك يقَعُ فيما بَيْن، المجُوسِي المستبِيحِينَ لنكاح المحارِمِ، وربما أسلموا بعْدَ ذَلِكَ، أو ترافَعُوا إِلَيْنَا، وقد يتفق نادراً فيما بيْنَ المُسْلِمِينَ بالغَلَطِ والاشتباه، والحُكْمُ أنَّه لا يُوَرَّثُ بالقرابَتَيْنِ جميعاً، وَإِنَّمَا يُوَرَّثُ بأَقْوَاهُمَا، وبِهذَا قال مالِكَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ. وقال أبو حنيفة وأحْمَدُ: يُوَرَّثُ بالقَرَابَتَيْنِ جميعاً، إذا كانت القرابتان بحَيْثُ لو وُجِدَتَا في شخصَيْنِ، لَوَرِثَا معاً.

وبه قال ابنُ اللَّبَّانِ، وحكاه ابْنُ الصَّبَّاغِ عن ابْنِ شُرَيْحٍ وقال الشيخ أبو عليٌّ: إنه ذهب إِلَيْه في بعض المسائل، ولم يُطْلِق.

واحتجَّ القائِلُون به بأنهما سبَبَانِ يُوَرِّث بكلٍّ واحدٍ منهما عند الانفراد، فإِذَا اجتمعا لم يُسْقِط أحدُهما الآخَرَ، كَابْنِ عمٍّ، هو أخ الأُمِّ أو زَوْج وزوجة.

ووجه ظاهر المَذْهَب أنهما قرابتان يُوَرَّث بكلٍّ واحدٍ منهما فَرْضٌ عند الانفرادِ، فإذا اجتمعا لم يورث بهما الفرضانَ كالأخت من الأب والأمِّ، لا ترث بالقرابَتَيْنِ معاً، ويخالف ما استَشْهَدُوا به، فإن هناك يُوَرَّث بإحدىَ الجِهَتَيْنِ فرضاً، وبالأخرَىٰ عصوبةً واجتماعهما معهودٌ كما في حقِّ الأبِ مع الوَلَدِ.

قال علماؤُنَا ـ رحمهم الله تعالَىٰ ـ: والأقوىٰ يُعْرَفُ بأمرَيْنِ:

أحدُهُمَا: أن تحجب إحداهما الأُخْرَىٰ؛ كبِنْتٍ، هِيَ أُخْتٌ لأمٍّ، وذلك بأنْ يَطَأَ أمَّهُ، فتلِدَ بنتاً، فهي أختُهُ لأمِّه وبِنْتُه، فالأُخُوَّةُ ساقطةٌ بالبنتية.

وأبو حنيفةَ يُوَافِق على التوريث بالأقْوَىٰ مِنْ هذا الوَجْه، وإنَّمَا الخِلافُ من الأقْوَىٰ مِنَ الوَجْه الثَّانِي.

والثاني: أنْ يَكُونَ أحدُهُمَا أقَلَّ حجْباً أو لا يتطرَّق إليهما حجْبٌ.

مثالُ الأوَّلِ: أمُّ أمٍّ، هِيَ أختٌ لأبٍ: وصورتُهُ: أن يطَأَ ابنتَهُ، فتَلِدَ بنتاً، فيطأها، فتَلِدَ ولداً، فالأُولَىٰ أمُّ أمِّ الوَلَدِ وأختُهُ لأبيه.

ومثال الثاني: أمٌّ، هيَ أختٌ لأب، وذلِكَ بَيِّنٌ من هذا التصوير، فيكون الإرْثُ بالأُمُومَة أو بالجُدُودَةِ دون الأُخُوَّة؛ لأنَّ الأم لا تُحْجَبُ، وأمُّ الأمِّ لا تحجبها إلاَّ الأمُّ.

وأما الأختُ فيحجبها جماعةٌ، سبَقَ بيَانُهُ.

وابنُ اللَّبَّانِ ـ رحمه الله تعالَىٰ ـ حكَىٰ غير هذه العبارَةِ من مَعْرِفَةِ الأقْوَىٰ والأضْعَفِ، فقال: إذا كانتْ إحْدَى القرابَتَيْنِ تَسْقُط حيثُ لا تَسْقُط الأخْرَىٰ، فالأُولَىٰ ضعيفةٌ والأخرى قويةٌ، فالأمُّ التي هي أختٌ ترث بالأمومَةِ؛ لأن الأختَ تَسْقُط بالأب والابن، وابْنِ الابنِ دُون الأمِّ.

قال: وهذا يُشْكِلُ بأمِّ الأمِّ التي هي أختٌ لأب، فإنَّ الجَدَّة تسقط بالأم، والأخت لا تَسْقُط، والأخْتُ تسقط بالأب والجَدَّةُ، لا تسْقُط بالأمِّ فيلزم أنْ تَكُون كلُّ واحدةٍ من القرابَتَيْنِ أقْوَىٰ من الأخْرَىٰ وأضْعَف، وأخذ يحتجُّ بذلك على إبْطَال القول بسُقُوطِ إحْدَى القرابَتَيْنِ، والعبارة مزيفة، كما ذَكَرَهُ، ولكنَّ اعتماد الأصحابِ علَىٰ ما سبق.

وهذا الإشْكَالُ لا يرد عليه.

إذا تقرَّر ذلك، فنوضِّحه بمثالَيْن:

أحدُهُمَا: وقد ذكره صاحب الكتاب ـ رحمه الله ـ: نكح المجوسيُّ ابنته فأولدها بنْتاً، ثم مات المَجُوسِيُّ، فقد خلف بنْتَيْنِ: إحداهما زوجةٌ، فلها الثلثانِ، ولا عبرةَ بالزَّوْجِيَّةُ بالاتِّفاق، كما لو ماتَتِ الكُبْرَىٰ بعده، فقَدْ خَلَّفَتْ بنتاً هي أختٌ لأب، فلها النصف بالبنتية وسقطت الأُخُوَّة.

ولو ماتَتِ الصغرَىٰ بعده دُون الكُبْرَىٰ، فقد خلَّفتْ أُمّاً، هي أختٌ لأبٍ، فلها الثلُثُ بالأمُومَةِ، وسقَطَتْ بالأُخُوَّة. وقال أبو حنيفةَ ومن ساعَدَهُ من الصُّورة الأُولَىٰ: لها النِّصْف بالبنوَّة والباقي بالأخوة.

وفي الثانية: لها الثلُثُ بالأمُومَةِ، والنِّصْفُ بالأُخُوة.

وعن تخريج ابْنِ سُرَيْج مثْلُ قوله في الصورة الأُولَىٰ دون الثَّانية، والفرقُ أنَّ الأختَ مع البنْتِ تأخذ بالعصوبَة، فلا يلْزَمُ الجَمْعُ بين فرضَيْنِ؛ وفي الثانِيَةِ يلْزَمُ.

وعنه أيضاً: أنّه يحتملُ أنْ يُقَال في الصُّورة الثّانية: لها النِّصْفُ مفهُوماً إلى الثُّلُث بخلافِ ما إذا خلّفَتْ أمّاً، هي أختٌ لأب وأختاً أخرَىٰ، حيث لا نورثها بالأُخُوَّة، ولا يلزمُنا أنْ نردَّها إلى السُّدُس، فتكون قد حَجَبَتْ نفْسَها، وهذا لا يجُوزُ.

واحتمل أبو حنيفةَ حَجْبَها بنفسها، وجعل لها السُّدُسَ بالأمومة، والثلثَيْنِ بينهما بالأُخُوَّة.

ولو كانتِ المسألةُ بحالها، ووطِيءَ المجوسيُّ البنْتَ الصغرَىٰ، فولدت بنتاً، ثم مات، فقَدْ خلف ثلاثَ بناتٍ، فلهنَّ الثلثان، فإن ماتت العلْيا بعده، فقد خلّفتْ بنتاً وبنْتَ بنْتٍ، هما أختان لأبٍ، فللبنتِ النصفُ بالبُنُوَّة، ولبنْتِ البنتِ الباقي بالأُخُوَّة.

وإنْ ماتَتِ الوسطَىٰ بعدَ الأب أولاً، فقد خلّفت أمّاً وبنتاً، هما أختانِ لأبٍ، وكلُّ واحدةٍ من الأُمُومَةِ والبُنُوَّة أقوَىٰ من الأخوة، فللأمِّ السدُسُ وللبنْتِ النِّصْف.

وعند أبي حنيفةَ: الباقي بينهما بالسويَّةِ؛ لأنَّهما أختان.

ولو ماتَتِ السفلَىٰ أولاً؛ فقد خلّفت أماً وأمَّ أمٍّ، هما أختان لأبٍ، فللأمِّ الثلثُ بالأمومةِ، ولأمِّ الأمِّ النصْفُ بالأخُوَّةِ؛ لأنه سقَطَتْ جُدودَتُهَا بالأمِّ.

ولو أنَّ في مسألة البنَاتِ الثلاث ماتَتِ العُلْيَا قبْل الأبِ، فقد خلّفت أباً وبِنتاً وبنْتَ بنْتٍ، فهما أختان لأبٍ، فالمالُ للأب والبنْتِ.

فلو مات بعدها الأبُ، فقد خلف بنتَيْنِ، ولو ماتَتِ الوسطَىٰ دون الأبِ، فقد خلّفَتْ أباً وبنتاً، ولو ماتَتْ بدلها السفلَىٰ، فقد خلّفَتْ أباً وأمّاً، ولو كانت الوسطَىٰ أوّلَ مَنْ ماتَ مِنَ الأربعةِ، فقد خلّفت: أبوَيْنِ وبنْتاً، فلو ماتَ بعْدها الأبُ، فقد خلَف بنتين ولو ماتَتْ بعدها العليا، فقد خلّفت أباً وبنْتَ بنتٍ، هي أختٌ لأب فلا شيء لها.

ولو ماتَتِ السفلَىٰ بعْدها فقدْ خلّفت: أباً وأمَّ أمٍّ، هي أختٌ لأب، فلها السُدُس بالجُدُودَةِ، والباقي لأَبِ.

ولو كانَتِ السفلَىٰ أوّلَ مَنْ ماتت من الأربَعَةِ، فقد خلّفت أباً وبنتاً، وأمَّ أمٍّ، هما أختان لأبٍ، فتسقط أمُّ الأمِّ وجدودَتُها بالأم وأخويها بالأبِ، فلو ماتَ الأبُ بعْدَها، فقد خلّف: بنتَيْنِ. وإنْ ماتَتِ العلْيا، فقد خلّفَتْ أباً وبنتاً(١).

وإنْ ماتَتِ الوسطَىٰ، فقد خلّفَتْ أبوَيْنِ.

ولو ماتَتِ العُلْيَا بعْدِ مَوْتِ الأَبِ والوسْطَىٰ، فلها بنْتُ بنتٍ، هي أختٌ لأبٍ، ولو

---

(١) سقط من: ب.

ماتَتِ الوُسْطَىٰ بعد موْتِ الأبِ والسفْلَىٰ، فلها بنتٌ، هي أخت لأبٍ.

ولو ماتتِ الوسطَىٰ بعْد موْتِ الأب[١]، والعلْيَا، فَلَها بنْتٌ، هي أختٌ لأب.

ولو ماتت بعد موتِ الأَبِ والسفْلَىٰ، فقد خلفت أمّاً، هي أختٌ لأب، فلها الثلُثُ بالأمومة.

ولو ماتتِ السفلَىٰ بعْد موتِ الأَبِ والعلْيَا، فقَدْ خلَّفت أيضاً أُمّاً، هي أخْتٌ لأب.

ولو ماتَتْ بعد موْتِ الأَبِ والوُسْطَىٰ، فقد خلَّفت أُمَّ أمٍّ، هي أخت لأبٍ، فلها السدُسُ بالجدودة.

وحكَى الشَّيخ أبو عليٍّ أنَّ ابنَ اللَّبَّان ذكَر وجْهاً آخَرَ، وهو أنَّها ترث بالأُخُوَّة، لأنَّ نصيبَ الأختِ أكْثَرُ وليحرر هذا من أخوات الصورة.

المثَالُ الثَّانِي: نُكِحَ أمّه، فأولَدَها بِنْتاً، ومات، فَقَدْ خلف أماً وبنتاً، هي أختٌ لأمٍّ؛ فللأمِّ السدُسُ، وللبنْتِ النصْفُ، ولا شيء لها بأُخُوَّةِ الأمِّ بالاتِّفَاق.

ولو ماتتِ الأُمُّ بعده، فقدْ خلَّفتْ بنْتاً، هي بنتُ ابنٍ، فلها النِّصْف بالبنتية.

وقال أَبُو حنيفةَ: لها مَعَ ذلكَ السُدُسِ تكملَةَ الثُّلُثَيْن. ولو ماتَتِ البِنْتُ دُونَ الأمِّ، فقد خلَّفت أمّاً، هي أمُّ أبٍ، فلها الثلثُ بالأمومة.

ولو ماتَتِ الأمُّ أولاً، فقَدْ خلَّفَتْ بنتاً هِيَ بنْتُ ابنٍ، فَإِنْ مَاتَ بعدها المجوسيُّ، فقد خلَّفت بِنْتاً، هي أختٌ لأمٍّ.

ولو ماتتِ البنْتُ دون المجوسيِّ، فقد[٢] خلَّفت أباً، هو أَخٌ لأمٍّ، ولو ماتَتِ البنْتُ أوَّلاً، فقَدْ خلَّفتْ أبوَيْنِ، والأبُ أَخٌ لأمٍّ والأمُّ أمُّ أبٍ.

فإنْ ماتَ المجوسيُّ بعْدَها، فقَدْ خلَّف أماً، وإنْ ماتَتِ الأم بدلَهُ، فقد خلَّفت ابناً.

ولو أن المجوسيَّ، أولَدَ أمَّهُ بنتَيْنِ، ثُمَّ نكَح أحدَهُمَا فأولَدَها ابناً وبنتاً، ومات فله أمٌّ وبنتان، هما أختاه لأمِّه، وابنٌ وبنتٌ، هما ولدَ ابْنَتِهِ وأختُهُ لأمِّه[٣]، فللأم السدُسُ والبَاقِي بيْن الأولاد، فإن ماتَتْ بعده الأمُّ، فلها بنتان هما بنْتَا ابْنٍ، وبنتُ ابنٍ وابْنُ ابنٍ،

---

(١) سقط من: ب.

(٢) سقط من: ب.

(٣) سقط من: د.

هما ولدا بنتٍ، فللبنتين الثلثانِ، والباقي بيْن بنْتِ الابن وابن الابْنِ أثلاثاً، يعصِّب الذكرُ أختَهُ لأبيه وأمِّه دون أخته لأبِيهِ. قال ابن شُرَيْح: ولو ماتَ الغُلاَمُ دون الأمّ، فله أختٌ من الأبوَيْنِ وأختان مِنَ الأبِ؛ إحداهما أمُّهُ، وجده هيَ أمُّ أمه وأمُّ أبيه، فللأخْتِ من الأبوَيْنِ النصْفُ، وللأخْتِ من الأب التي هي أمٌّ السدُسُ بالأمُومَةِ، وللأخرَى السُّدُس تكملةَ الثُّلُثَيْنِ وسقَطَتِ الجَدَّة بالأم.

وهذا جوَابُ أبي حنيفةَ في الأُخْت من الأبوَيْنِ والجَدَّة. وقال: للأمّ السدُسُ، ولها بأُخُوَّة الأبِ مع الأخرَى السدسُ بالشَّركة. ولو ماتَتْ أختُ الغُلاَم دونَهُمَا، فلها أخٌ من الأبوَيْنِ وأختان من الأبِ، إحداهما أمٌّ وجدَّةٌ، هي أمُّ أبٍ وأمُّ أمٍّ، فللأمّ السدسُ، والباقي للأخِ.

ولو ماتَتْ أمُّ الغلام دونَهُمْ، فلها ابنٌ وبنْتٌ هما ولدا أب وأمٍّ، وأختٌ من الأبوَيْنِ، فلأمها السدُسُ والباقي بيْن ولَدَيْهَا.

ولو ماتَتِ الَّتي هي خالةُ الغُلاَم دُونَهم، فلها أمٌّ وأختٌ من الأبوَيْنِ وأخٌ وأختٌ من الأَبِ، فلأُمِّها السدُسُ، وللأخْتِ من الأبوَيْنِ النصْفُ، والباقي بيْنَ الأخِ والأُخْتِ أثلاثاً. وقياسُ مذْهَب أبي حنيفة حيْثُ لم نذْكُره بيِّنٌ وليعلم قولُهُ في الكتاب، ولم يورث بهما، بالحاء والألف والواو، ويمكن إعادة هذه العلامات في مواضعَ مِنَ الفَصْل، وقد يَخْطُر بالبَال أنه، لِمَ وصَلَ القَوْلَ من ميراث المَجُوسيِّ بفُصُول الحَجْبِ، فلعل سببه أن إِسْقَاطِ إِحْدَى القَرَابَتَيْنِ بالأُخْرَىٰ ضرب مِنَ الحَجْبِ، والله أعلم.

قال الغَزَالِيُّ: **وَمَا يَنْدَفِعُ بِهِ المِيرَاثُ سِتَّةُ أُمُورٍ: الأَوَّلُ: اخْتِلاَفُ الدِّينِ، فَلاَ يَتَوَارَثُ الكَافِرُ وَالمُسْلِمُ (ح و)، وَيَتَوَارَثُ اليَهُودُ والنَّصَارَى وَأَهْلُ المِلَلِ، وَفِي تَوَارُثِ الذِّمِّيِّ وَالحَرْبِيِّ مَعَ انْقِطَاعِ المُوَالاَةِ بَيْنَهُمَا بالدَّارِ خِلاَفٌ (و)، وَالمُعَاهَدُ (ح) فِي حُكْمِ الذِّمِّيِّ عَلَى الأَظْهَرِ، لاَ فِي حُكْمِ الحَرْبِيِّ، وَقِيلَ: إِنَّهُ فِي حُكْمِ الحَرْبِيِّ، وَالمُرْتَدُّ لاَ يَرِثُ وَلاَ يُورَثُ (ح) أَصْلاً، بَلْ مَالُهُ فَيْءٌ وَالزِّنْدِيقُ كَالمُرْتَدِّ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قد يكونُ في الشَّخْص صفةٌ أو تَعْرِضُ بينه وبيْن المُورِّث حالةٌ تَمْنَعُ من الإِرْثِ، ورُبَّما سماه الفَرَضِيُّون حَجْباً بالأوْصاف وما سبق حجْباً بالأشْخَاصِ، ولما كانا جميعاً مقتضِيَيْنِ للحِرْمَانِ قرن صاحبُ الكتابِ بيْنَهُما، وهَذا النَّوْع فيما عَدَّه ستةُ أضْربٍ:

الضَرْبُ الأوَّلُ: اختلافُ الدِّين، وفيه ستَّةُ مسائِلَ:

المسألة الأُولَىٰ: المُسْلِم لا يَرِثُ الكافرَ، ولا بالعَكْسِ، لِمَا رُوِيَ عن أسامةَ بْنِ

زَيْدٍ أنَّ النبيَّ ﷺ قال: «لاَ يَرِثُ المُسْلِمُ الكَافِرَ، وَلاَ الكَافِرُ المُسْلِمَ»[(١)] [(٢)].

ولا فَرْقَ بين القريبِ والمعتِقِ، ولا بَيْن أن يُسْلِمَ قَبْل القسمة، أو يستمرَّ عَلَىٰ الْفُرْقة[(٣)]؛ خلافاً لأحمَدَ من المسألَتَيْنِ؛ حيث قال: المسلم يَرِثُ عتيقه الكافِرِ، ومَنْ

---

(١) وأجمعوا على عدم إرث الكافر المسلم إذا دام على كفره حتى قسمت التركة فإن أسلم قبل قسمتها فلا يرث أيضاً قياساً على الأول بجامع أن كلا كافر حال الموت، وقال الإمام أحمد رضي الله عنه ـ إن أسلم الكافر قبل قسمة التركة ورث ـ ترغيباً له في الإسلام ـ وقال ـ المسلم يرث عتيقة الكافر.
وأما عدم إرث المسلم الكافر فهو مذهب الجمهور خلافاً لمعاذ بن جبل ومعاوية رضي الله عنهما.
واستدلوا بقوله ﷺ: «الإسلام يزيد ولا ينقص».
وقياساً على النكاح والاغتنام ـ فكما أن المسلم يتزوج الكافرة بالشروط فكذلك الميراث. وكما أن المسلم يغتنم مال الكافر كذلك يصح أن يرثه ـ وأجيب بأن الخبر إن صح فمعناه يزيد بفتح البلاد ولا ينقص بالارتداد ـ وأما القياس فمردود بأن العبد ينكح الحرة ولا يرثها. والمسلم يغتنم مال الحربي ولا يرثه.
ثم إنهم اختلفوا هل الكفر كله ملة واحدة أو ملل متعددة. فالأصح من مذهبنا كمذهب الحنفية أن الكفر كله ملة واحدة فيتوارث الكفار بعضهم من بعض إلا ما سيأتي التنبيه على عدم إرثه.
ومذهب المالكية والحنابلة أن الكفر ملل. فاليهود ملة ـ والنصارى ملة ـ والمجوس ملة ـ وعباد الشمس ملة ـ وعليه فلا يتوارث بعضهم من بعض لاختلاف مللهم.
استدل الأولون بقوله تعالى: ـ
﴿فماذا بعد الحق إلا الضلال﴾.
وقوله أيضاً: ﴿لكم دينكم ولي دين﴾.
واستدل الآخرون بقوله تعالى: ـ
﴿ولن ترضى عنك اليهود ولا النصارى حتى تتبع ملتهم﴾ فهما ملتان.
وقوله تعالى:
﴿لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً﴾.
وقوله ﷺ: «لا يتوارث أهل ملتين».
وأجاب الأولون بأن الآية الأولى لا تدل على اختلاف ملتهما. إذ يحتمل أن تكون ملتهما واحدة كما يشعر به وقوع لفظ الملة مفرداً. ويكون أفراد كل منهما بالذكر لاختلافهما في بعض الأحكام مع كون ملتهما واحدة.
والجواب عن الآية الثانية. أن معناها لكل من دخل دين محمد ﷺ جعلنا له القرآن شرعة ومنهاجاً كما قال مجاهد.
ويجاب عن الحديث بأن المراد بالملتين فيه الإسلام والكفر بدليل أن في بعض طرقه زيادة «فلا يرث المسلم الكافر».

(٢) متفق عليه، وأخرجه أصحاب السنن.

(٣) قيل يستثنى من قول الشيخ المسلم لا يرث الكافر ما لو مات الكافر عن زوجة حامل ووقفنا=

أسْلَم قبْلَ القِسْمَةِ وَرِثَ مِنَ المُسْلم، قال الشيخُ أبو محمَّد: والفرقُ بين الميراثَ، حيثُ لا يَرِثُ المسلمُ من كافرٍ مَا، وبَيْن النِّكَاح، حيث يجُوزُ لَهُ نكاحُ بعْضِ الكافراتِ أن التوارث مبنيٌّ على الموالاةِ والمناصَرَةِ، ولا موالاة ولا مناصرة بين المسلِم والكافرِ بحالٍ، ومواصلَتُنا إيَّاهُمْ نوعُ تشريف لَهُمْ، فيختص بمَنْ لهم أصْلٌ من الاحترَامِ، وهم أهْلُ الكتابِ.

المسألة الثانيةُ: يَرِثُ الكفَّارُ بعْضُهم مِنْ بَعْضٍ، كاليهوديِّ من النصرانيِّ، والنصرانيِّ من المجوسيِّ، والمجوسيِّ الحربيِّ من الوثَنِيِّ، وبالعُكوس وبه قال أبو حنيفة: ووجْهَه: بأنَّ الكفار ـ على اختلافِ فِرَقِهِمْ ـ كالنَّفْس الواحدةِ فِي مُعَادَاةِ المُسْلِمِينَ والتَّمَالُؤِ عليهم.

قال الشافعيُّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ المُشْرِكُون في تفرُّقِهِمْ واجتماعِهِمْ يَجْمَعُهُمْ أعظَمُ الأمورِ، وهو الشِّرْكُ باللَّهِ تعالَىٰ، فجعل اختلافهم كاختلافِ المَذَاهِبِ في الإسْلاَم، وقد قال عزَّ اسْمُهُ:

﴿لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ﴾: [الكافرون: ٦] وقال عَزَّ وجَلَّ: **﴿فَمَاذَا بَعْدَ الحَقِّ إِلاَّ الضَّلاَلُ؟!﴾**[يونس ٣٢].

فأشْعَر بأنَّ الكفْر كلَّه ملةٌ واحدةٌ.

وقال أحمد ـ رحمه الله ـ في أصَحِّ الروايَتَيْنِ: لا يرثُ أهْلُ ملَّة من أهْل ملَّة أخرَىٰ.

وعن ابن خَيْرَانَ وغَيْره تخريج وجْهٍ مثْله بنَاءً علَىٰ قولنا إن الكافِرَ إذَا انْتَقَلَ منْ دينٍ إلَىٰ دِينٍ لا يُقَرُّ عليه، فإنه يقتضي أنْ يكُونَ الكفر كله مِلَلاً مختلفةً.

وهذا ما اختارَهُ الأستاذ أبو منصور فيما حكاه أبو خَلَفِ الطبريُّ، ويدلُّ عَلَيْه ظاهرُ مَا رُوِيَ أنَّه ﷺ قال: «لاَ يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ شيء»[1].

= الميراث للحمل فأسلمت ثم ولدت الولد ورث، وإن كان محكوماً بإسلامه لأنه كان محكوماً بكفره يوم الموت. ذكره الرافعي في الكلام على إرث الجنين، وقد يقال هذه لا ترد لأنه حين موت أبيه كان كافراً فما ورّثنا إلا كافراً من كافر. وما ذكره الشيخ الأسنوي عن الأشراف للقاضي عبد الوهاب المالكي في الخلاف أن الشافعي رضي الله عنه قال: إذا مات عتيق المسلم النصراني أنه يرثه معتقه المسلم لا يعرف هذا في نصوص الشافعي بل الموجود في نصوصه عدم الإرث وأطال الشيخ البلقيني وغيره الرد عليه.

(١) رواه أحمد. والنسائي. وأبو داود. وابن ماجة. والدارقطني. وابن السكن، من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، ورواه ابن حبان من حديث ابن عمر في حديث، ومن حديث جابر =

ومَنْ قال بالمذْهَب المشهُور حمَلَهُ علَى الإسْلَام والكُفْر؛ لما سبق؛ ويؤيِّده أنه رُوِيَ من بعْضِ الرِّواياتِ:

«لاَ يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ؛ وَلاَ يَرِثُ المُسْلِمُ الكَافِرَ»(١). فجعل الثاني بياناً للأوَّل، وهذا إذا كان اليهوديُّ والنصرانيُّ مثلا ذمِّيَيْنِ أو حَرْبِيَّيْنِ، ولا فرْقَ بيْن أنْ يكُون الحربيَّانِ مُتَّفِقَي الدَّارِ، أو مخْتَلِفِيهَا.

وقال أبو حنيفةَ: إنْ كَانَا مختلِفَي الدَّار؛ كالروم والهِنْد(٢)، لم يتوارَثَا، وإن اتحدتْ ملتهماَ، والضابطُ أن يختلفَ الملوكُ ويرَىٰ بعضُهم قتْلَ بعْض.

أما إذا كان أحدُهما ذمِّياً، والآخَرُ حربِياً؛ ففي التوارُثِ بينهما قوْلان، حكاهما الإمامُ وغيره.

أحدهما: جريانه، لشُمُولِ الكفر.

وأصحُّهما: المَنْعُ، لانقطاعِ المَوَالاَةِ بينهما.

وهذا ما أورده أكْثَرُ الأصْحَاب. وربَّما نقل الفرضيُّون إجماع العلماء عليه، والمعاهد والمستأْمن كالذِّمِّيِّ أو كالحربيِّ؟ فيه وجهان:

= رواه الترمذي واستغربه، وفيه ابن أبي ليلى، وأخرجه البزار من حديث أبي سلمة عن أبي هريرة بلفظ: «لا ترث ملة من حلة» وفيه عمر بن راشد، قال: إنه تفرد به وهو لين الحديث، ورواه النسائي والحاكم. والدارقطني بهذا اللفظ، من حديث أسامة بن زيد، قال الدارقطني: هذا اللفظ في حديث أسامة غير محفوظ، ووهم عبد الحق فعزاه لمسلم، قوله: روي في بعض الروايات: «لا يتوارث أهل ملتين، لا يرث المسلم الكافر» فجعل الثاني بياناً للأول، فدل على أن المراد بالملتين: الإسلام، والكفر، البيهقي بلفظ: «لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم، ولا يتوارث أهل ملتين» وفي إسنادها الخليل بن مرة وهو واه. قاله الحافظ في التلخيص.

(١) تقدم.

(٢) [حكى الشيخ النووي في شرح مسلم عن الأصحاب أن الحربيين، وكذا لو كانوا حربيين في بلدين متجاورين لم يتوارثا. انتهى.
قال في القوت: وهذا النقل سهو منه رحمه الله، وإنما هو مذهب أبي حنيفة رحمه الله لا يعرف عن أحد من أصحابنا هذا هو الصواب بلا شك الموجود في كتب المذهب وكتب الفرائض للأصحاب وكلها ناصة على عدم الفرق عندنا خلافاً لأبي حنيفة، وقد وقع هذا السهو لصاحب التعجيز في شرحه وتبعه عليه بعض الفرضيين من أهل العصر فإنه قال بعد أن قرر التوارث بينهم وقال الماوردي: إذا اختلف دار أهل الحرب باختلاف ملوكهم ومعاداتهم فلا يرث بعضهم من بعض. هذا إنما حكاه الماوردي عن أبي حنيفة إلى آخر ما ذكره. وأخذه صاحب الخادم واعتمده، وفي النفس مما قاله الأذرعي وتبعه الزركشي شيء والشيخ هو الثقة الأمين ولم ينقله عن الماوردي].

أحدُهُما: ويُحْكَىٰ عن ابن سُرَيْجٍ: أنه كالحربيِّ؛ لأنه لا يستوطِنُ دارَنَا، وبهذا قال أبو حنيفة.

وأصحُّهما: وهو. الذي حكاه ابن اللَّبَّان عن الشَّافعيِّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ: أنه كالذمِّيِّ؛ لأنَّهما جميعاً معْصُومَانِ بالعَهْد والأَمَان.

فعلى هذا يجري التوارُثُ بين الذميِّ والمستأمَنِ، وعلَى الأوَّل في[1] التوارثُ بينهما القَوْلان. ويجري التوارُثُ بينه وبَيْن الحَربِيِّ، ولا بأسَ بإيراد مثالٍ من المسألة:

يهوديٌّ ذمِّيٌّ مات عنِ ابْنٍ مثْله، وآخر نصرانيٌّ ذمِّيٌّ، وآخَرُ يهوديٌّ معاهَدٌ، وآخَرُ يهوديٌّ حربِيٌّ، فالمال بينهم سِوَى الأَخِيرِ على المَذْهَب[2].

ويجيء من النصرانيِّ وجْهٌ بناءً على انقطاعِ التوارُثِ بيْن ملك الكفار، ومن المعاهِدَ أيضاً بناءً علَىٰ أنه كالحربي والذِّمِّيِّ يتوارثانَ ويجيء في الحربِيِّ وجْهٌ أنَّه يرث؛ بناءً على أنَّ الحربِيَّ والذِّمِّيَّ يتوارثان، وليعلَمْ قولُهُ في الكتاب: «ويتوارث اليهودُ والنصارى» بالألف والواو والميم أيضاً، فقد اضطربتِ الروايةُ عَنْ مالِكٍ فيه.

وقولُهُ: «والمعاهَدُ من حكم الذمِّيِّ بالحاء، والله أعلم.

المسألةُ الثالثةُ: المرتَدُّ لا يرثُ منْ أحدٍ، ولا يرثُهُ أحَدٌ لا مسلمٌ ولا مرتدٌّ ولا كافرٌ أصليٌّ، بل مالُهُ فَيءٌ لبَيْتِ المالِ، سواءٌ ما اكتسبَه[3] في حالِ الإِسْلاَم، وما اكْتَسَبَهُ في حال الرِّدَّة، وبه قال أحمَدُ ومالكٌ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ـ إلاَّ أنَّ مالكاً يقول: إذا ارتدَّ في مرَضِهِ، واتُّهِمَ بأنَّ قصْد منع المالِ من الورثة وَرِثُوهُ.

---

(١) سقط من ب.

(٢) قيل: كيف يتصور توارث اليهودي من النصراني وعكسه لأن الصحيح النصراني إذا تهود أو عكسه لا يقر على ذلك بل لا يقبل منه إلا الإسلام.
وأُجيب بأنه يتصور بما لو أتت اليهودية من النصراني بولد ومات النصراني واختار الولد دين أُمه ورث من أبيه.
قال في الخادم: ويتصور في الولاء بأن يعتق نصراني عبداً يهودياً في الزوجية بأن ترث اليهودية من النصراني وعكسه. وأحسن من ذلك تصويره بما لو تهود النصراني في دار الحرب قبل التزام الجزية فإن المنع من التقرير إنما هو بعد التزامها بدليل حكايتهم قولين فيما إذا لم يسلم هل يقتل أو يلحق بمأمنه أصحهما الثاني، أما لو تهود في دار الحرب ثم جاءنا وقبل الجزية أقر قطعاً لمصلحة قبول الجزية.

(٣) رد الشيخ الإمام السبكي على الشيخ ابن الرفعة تقييده ذلك بموته على الردة وأطال في ذلك وأحسن فيما قال. وقال الشيخ البلقيني في التدريب وأما ما وجب له من قصاص بقطع طرف أو جرح في حال إسلامه فإنه يستوفيه من كان وارثه لولاء الردة على مقتضى النص المعمول به فيمكن أن يستثنى، وإن لمح فيه التشفي، وقياس ذلك يأتي في حد القذف وفي اليهودي يتنصر.

وقال أبو حنيفةَ: ما اكتسبَهُ في حالِ الإِسْلاَم يَرِثُهُ المسلمون من أقاربه.

لنا: حديثُ أسامة بنْ زيد ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ وقياسُ المتنازع فيه على المُتَّفَقِ عليه، وأبدى الإمامُ احتمالاً في تَوْرِيث المرتدِّ من المرتد على قولنا: أنَّ مِلْكَ المرتدِّ لا يزُولُ إلاَّ بالمَوْتِ، تخريجاً من قولنا إنَّ ولد المُرْتَدِّ من المرتدَّة مُرْتَدٌّ ولا ينزِّل التحاقه بدار الحَرْب منزلةَ مَوْتِهِ.

وقال أبو حنيفَة: ينزل منزلةَ المَوْتِ، حتَّى يقسِّم مالُه بين ورثَتِهِ وتُحَلُّ ديونُهُ ويُعْتَق مدبَّرُهُ، قال: فلو رجَع مُسْلِماً ردَّ الورثة ما بَقِيَ في أيديهم، وما أَسْتَهْلَكُوا وتصرَّفوا فيه، لَمْ يلزمْهُم ضمَانُهُ. هذا من المرتدِّ الذي يظْهِرُ كُفْرَه.

وكذا الحُكْم في المرتد بالزَّنْدَقةِ الذي يُخْفي الكفرَ، ويتجمَّل بالإسلام، خلافاً لمالكٍ؛ حيث قال: مالُهُ لورثَتِه المُسْلمين، والله أعْلَم.

قال الغَزَالِيُّ: الثَّانِي: الرَّقِيقُ فَلاَ يَرِثُ وَلاَ يُورَثُ إِذْ لاَ مِلْكَ لَهُ وَيَسْتَوِي فِيهِ المُكَاتِبُ (ح م) وَالمُدَبَّرُ وَأُمُّ الوَلَدِ وَالْقِنُّ، وَمَنْ نِصْفُهُ حُرٌ وَنِصْفُهُ رَقِيقٌ لاَ يَرِثُ، بَلْ يُورِثُ فِي القَوْلِ الجَدِيدِ، فَإِنْ قُلْنَا: لاَ يُورَثُ فَمَا مَلَكَهُ بِنِصْفِهِ الحُرُ لسَيِّدِهِ، أَوْ لبَيْتِ المَالِ، فِيهِ خِلاَفٌ (و م).

«القَوْل فِي الرِّقّ»

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الرقيقُ لا يَرِثُ، واحتجَّ له بأنَّه لو وَرِثَ، لَكَانَ الملك للسَّيِّد، والسَّيِّد أجنبيٌّ عن الميِّت، فلا يمكن توريثُهُ منه، ولم يقُولُوا: إنه يرثُ العَبْد ثم يتلقَّاه السَّيِّد بحَقِّ الملك، وسواءٌ استمرَّ الرقُّ أو عَتَقَ قَبْل قسْمة التركَةِ، خلافاً لأحمد ـ رحمه الله ـ.

من الحالة الثَّانيةِ: ولا يرثُ من الرقِيقِ أحدٌ؛ لأنه لا مِلْكَ له، وإذَا قلْنا إنه يملك بتمليك السيِّد، فهو مِلْكٌ غيرُ مستقرٍّ، يعُودُ إلى السَّيِّد، إذا زال المِلْكُ عنْ رقَبَتِهِ، كما إذا باعه، ويستَوِي في ذَلِكَ القِنُّ والمكاتَبُ والمِدَبَّر، وأمُّ الولدِ، فلا يرثُونَ، ولا يُورَثُون. وعن أبي حنيفةَ ومالِك أنَّ المكاتَبَ، إذا مات عن وفاء فما يفضل عن النجُوم لورثَتِهِ؛ لأنه يمُوتُ حراً عندَهما، وأما مَنْ بعضُهُ حرٌّ وبعْضُهُ رقيقٌ، فلا يرثُ أيضاً؛ لأنَّه لو ورث لكان بعْضُ المالِ لِمَالِكِ البَاقِي، وهو أجنبيٌّ عن الميت.

وقال أحمدُ ـ رحمه الله ـ:

يرثُ بقَدْرِ ما فِيهِ منَ الحُرِّيَّة.

وهلْ يُورَثُ عنه؟ فيه قَوْلاَن:

القديمُ، وبه قال أبو حنيفة ومالك: أنّه لا يُورَثُ عنهُ، كما أنه لا يَرِثُ.

والجديد، وبه قال أحمد[(١)]: أنه يرث؛ لأنَّ ملْكه تامٌّ على ما في يده؛ فأشْبَه الحُرَّ. فإنْ قلْنا بالقديمِ، فما ملكه بالبَعْض الحُرِّ، لمن يكُون؟ فيه وجهان:

أظهرهما: عند أكثرهم، وحَكُوه عن نصِّه في القديم: أنَّه لمالِكِ الباقي؛ لأنَّه نقصٌ مَنَع الإرْث، فصار كما لو كان كلُّه رقيقاً.

والثاني: أنَّه لبَيْتِ المالِ، ويُنْسَب هذا إلى تخريج الإِصطخريِّ.

ووجهه أنَّ مالِكَ الباقِي قد أخَذَ حقَّه مِنْ كسْبه، وهذا مملوك بالحرِّيَّة.

ونقل الفرضيون هذا الوَجْه عنِ ابن سُرَيْجٍ[(٢)].

وقالوا: إنه الصحيحُ؛ لأنَّه ليس لمالكِ الباقي على الجزْ مِنَّةٌ ولا ولاء، ولا مِلْكٌ، ولا نَسَبٌ، فلا مَعْنَىٰ لصَرْفِه إلَيْه.

وإن قلْنا بالجديدِ، فهو لِمَنْ له مِنْ قريبٍ أو مُعْتَقٍ.

وفي القدْرِ المَوْرُوثِ وجْهان، حكاهما ابنُ اللَّبَّان والإِمَامُ:

أحدُهُمَا: أنَّ ما جَمَعَهُ بنصفه الحرّ يتقسَّط علَىٰ مالكِ الباقي والورثة بقَدْر ما فيه مِنَ الرقِّ والحرِّيَّة، فإذا كان نصْفُه حُرّاً، ونصفُهُ رقيقاً، فنصفُ ما جَمَعَهُ بنصْفِه الحرِّ للسيِّد، ونصفه للورثة، لأنَّ سبب الإِرْثِ المَوْتُ، والموتُ حلَّ جميع بدنه، وبدنه ينقسِمُ إلى الرقِّ والحرِّيَّةِ، فينقسِمُ ما خلَّفَهُ.

وأصحُّهما: أنَّه يملك جميعَ ما مَلَكَهُ بنصْفِهِ الحُرِّ؛ لأن مالِكَ الباقي قد استوفى نصيبَهُ بحق الملك؛ فلا سبيلَ لَهُ علَى البَاقِي.

وقولُه في الكتاب: «ومن نصْفُه حرٌّ ونصفُهُ رقيقٌ لا يرثُ» يجوز أن يُعْلَمَ مع الألف بالواو والزاي.

أما الواو؛ فلأن أبا عبْد الله الحناطيَّ روَىٰ عن ابْنِ سُرَيْجٍ وجهاً أنه يرِثُ بقَدْر ما فيه من الحرِّيَّة.

وأما الزايُ، فلأن المُزَنِيَّ، لَمَّا نقَلَ عن الشافعيِّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أن نصف العَبْد، إذا كان حُرّاً يرثُهُ أبُوهُ، إذا مَاتَ.

قال: والقياسُ علَىٰ قوله: أنه يَرِثُ منْ حيثُ يُورَثُ، فمن الأصحابِ مَنْ قال: قصَدَ بهذا الكلامِ الاحتجاجَ علَىٰ أنَّه لا يُورَثُ إذ: لو وَرِثَ، لَوَرُث.

---

(١) سقط من: ب.

(٢) سقط من: د.

وقال آخَرُون: أراد به كما يُورَثُ ينبغي أن يَرِثَ بقَدْر ما فيه من الحرِّيَّة.

وظاهرُ قَوْلِهِ تخريجُ قولٍ للشافعيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وكذلك حكَاهُ ابْنُ اللَّبَّان، والفرضيون علَىٰ مذهب المُزَنِيِّ في جملة.

ومن وَرَّث المَعْتق بعْضه، وبه قال في الصَّحَابةِ علِيٌّ - كرَّم الله وجْهَهُ - وعلَىٰ هذا؛ فلو ترك الحُرُّ ابناً له، نصْفُه حرٌّ، وأخاً حُرّاً، فالنصفُ للابن، والباقِي للأخ.

ولو ترك ابنَيْنِ ونصفُ كلِّ واحدٍ منهما حرٌّ، وأخاً حراً، فقد اختلفُوا في قياسِ قَوْل عليٍّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -:

فعن محمَّدِ بْنِ الحَسَنُ اللُّؤْلُؤِيِّ في آخرين أن قياسَهُ أنْ يجمع ما فيهما من الحرِّيَّة، وهو حرِّيَّة تامٌّ، فيسقط الأخُ، ويكون جميعُ المالِ بينهما.

وقال سفيانُ الثَّوْرِيُّ - رحمه الله - قياس:

قولِهِ: قسمةُ المالِ بينهما. علَىٰ تقديرِ كَمَالِ الحرِّيَّة، والحطّ بقَدْرِ ما فيهما مِنَ الرِّقِّ.

ولو كانا حرَّيْنِ، لكان جميعُ المالِ بينهما لكُلِّ واحدٍ منهما النصْفُ، فإذا كان نصْفُ كلِّ واحدٍ منهما رقيقاً، رجَع حقُّه إلَى النصف، فلكلِّ واحد منهما الرُّبُع، والبَاقِي للأخِ.

وللبصريين عبارةٌ أخرى تؤدِّي قول سفيانَ - رحمة الله عليه - وهِيَ: أن يؤخذ المالُ مثْل جزء الحرِّيَّة، ويقسَّم بينهما بحَسَب ما فيهما من الرِّقِّ والحرِّيَّة، فيأخذ في هذه الصُّورَة نِصْف المال، ويجعله[1] بينهما نِصْفَيْن، وهذا هو الصحيحُ عند الفَرَضِيِّينَ؛ لأنَّ علياً - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قال: ويحجب بقَدْر ما فيه من الرِّقِّ ومِنْ جميع ما فيهما مِنَ الحُرِّيَّة لم يحجبهما عن شيءٍ، ويُشْبِه أن يذْهَب إلى الصَّحِيحِ مَنْ ورَّثه من أصحابنا.

وهذه صُوَرٌ ممَّا يتفرَّع علَىٰ توريثه.

ابنان ثلث كلِّ واحدٍ منهما حُرٌّ، وأخ، فعلى الطريقِ الأَوَّل: لهما ثُلُثَا المَالِ، وعلَى الصحيحِ: لكلِّ واحدٍ منهما ثُلُثُ النصف.

ثلاثة بنين، نصْف كلِّ واحدٍ منهما حرٌّ.

على الطريقِ الأَوَّل فيهم حريَّةٌ ونصْفُ حرِّيَّة، فيجعل المالُ بينهم أثلاثاً، وعلى الصحيح: لو كانوا أحراراً، لاقتسموا المالَ أثلاثاً؛ فلكلِّ واحدٍ منهم نصْفُ الثُّلُث.

---

(١) في د: يجعل.

بنْتَانِ، نصْفُ كلِّ واحدة منهما حرٌّ:

على الأوَّل: فيهما حرِّيَّةُ بنت فلها النصف.

وعلى الصحيح: لو كانتا حرَّتَيْنِ، لأخذتا ثلثَي المال، فالأنَ يأخذان نصْفَ الثلثَيْن. أربعُ بناتٍ، نَصفُ كلِّ واحدةٍ منهُنَّ حُرٌّ:

على الأوَّل: فيهن حريَّةُ بنتَيْنِ؛ فلهُنَّ الثلثان.

وعلى الصحيح: لو كنَّ حرائرَ، لأخَذْنَ الثلثَيْن؛ لكلِّ واحدةٍ منهن السدُسُ، فالآنَ تأْخُذ كلُّ واحدةٍ منْهنَّ نصْفَ السُّدُس.

بنتانِ: نصْف إحداهما وثلُثُ الأخرى حرٌّ:

على الأوَّل: فيهما خمسةُ أسداسِ حرِّيَّةٍ؛ فلهما خمسةُ أسْدَاسِ النصفِ، يقتسمانِهَا بحَسَب حرِّيَّتهما.

وعلى الصحيح: لو كانَتَا حرَّتَيْنِ، لكان لكلِّ واحدةٍ منهما الثلثُ، فلكلِّ واحدةٍ منهما ثلُثُ الثلث، وهو التُّسْع؛ لاشتراكهما في حريَّةِ الثلُثِ، ثم صاحبة النصْف اختصت بمزيدِ حُرِّيَّة، وهو السدُسُ، فلها مَعَ ذَلِكَ سدُسُ النصْفِ، فَلا يُنْظَرُ ها هنا إلى الثلث الَّذي تأخُذُه مع الأخْرَىٰ بتقدير الحرِّيَّة، وإنَّما يُنْظَر إلى النصف الذي تأخُذُه عنْد الانفرادِ؛ لأنها انفردَتْ بالسدُس الزائد.

بنتٌ نصفُها حرٌّ، وأخرَىٰ ثلثها حرٌّ، وأخرَىٰ ربُعُها حرٌّ:

على الأوَّل: فيهما حريَّةٌ ونصْفُ سدُسِ حُرِّيَّةٍ، فلهنَّ بالحرية نصفُ المال، وبالزائِدِ نصْفُ سدُسِ السُّدَسِ؛ لأن حصَّةَ الوَاحِدَة، مِنِ النصْفِ السدُسُ، فيضمُّ ذلك إلى النِّصْفِ، ويقسَّم بينهن على ثلاثةَ عشَرَ، ست للأُولَىٰ وأربعةٌ للثانية، وثلاثة للثالثة.

وعلى الصحيح: لو كنَّ حرائر، لأخذَتْ كلُّ واحدةٍ منهن تُسْعَى المَالِ، وقد استَوَيْنَ من حريَّة الرُّبَعِ، فلكلِّ واحدة منهنَّ ربُعُ التُّسْعَيْنِ، وذلك تمامُ حقِّ التي ربُعُهَا حرٌّ، وإذا خرجت من البنين، نظَرْنا إلى ما تأخُذُه كلُّ واحدةٍ من الباقِيَتَيْنِ بتقدير حريتهما، وانفرادِهِما، وهو الثلثُ، ولكلِّ واحدةٍ منهما نصْفُ سدسِ الثُّلُثِ؛ لاشتراكهما في حرية. نصف السُّدُس بَعد الرُّبُع، وذلك تمامُ حقِّ الَّتي ثلُثُها حُرٌّ.

والثالثةُ فضَلَتْهُمَا بحُرِيَّةِ السدُسِ، ولها بتقدير الحريَّة والانفرادِ نصفُ المال، فتأخذُ سدُسَ النصْفِ، وتضمُّه إلى ما عندَها.

ابنٌ نصْفُه حرٌّ، وآخَرُ ثلُثُهُ حرٌّ، وآخَرُ ربُعُهُ حُرٌّ:

على الأوَّلِ: جميعُ المالِ بينهم علَىٰ ثلاثةَ عَشَرَ.

وعلى الصحيح: لو كانُوا أحراراً، لأخذوا المالَ أثلاثاً، وقد استووا في حريَّة الربع، فلكلِّ واحد منهم ربعُ الثُّلُث، وهو تمامُ حقِّ الذي رُبعُهُ حُرٌّ.

ثم الآخَرَانِ لو انفردا، لكان لكلِّ واحدٍ منهما نصْفُ المال، ولو اشتركَا في حرِّيَّة نصْفِ السُّدُسِ بعْد الربع، فلكلِّ واحد منهما نصفُ سدُس النصْفِ. وهو تمامُ حقِّ الذي ثلثه حُرٌّ، ثم الآخرانِ، لوِ أنفردا، لكان لكلِّ واحدٍ منهما نصف المال، وقد اشتركَا في حرِّيَّةِ نصْف السدُسِ بعد الربع، فلكلِّ واحدٍ منهما نصْفُ سُدُسِ النِّصْفِ، وهو تمام حقِّ الذي ثُلُثُهُ حُرٌّ، وللآخر مع ذلك سدُسُ المالِ؛ لأنه لو انفردَ، لأخَذَ كلَّ المال، وقد فضَلَهُما بحرية السدُسِ.

ابنٌ وبنْتٌ، نصْفُ كلِّ واحدٍ منهما حُرٌّ:

على الأوَّل: يضمُّ نصفُ حرية البنْتِ إلَى حرية الابْنِ؛ لأن بنتَيْنِ بابْنٍ، فيحصلُ ثلاثةُ أرباعِ حريَّةٍ، فلهما ثلاثة أرباعِ المَالِ أثلاثاً.

وعلى الطريقةِ الثانِيَةِ: لو كانا حرَّيْنِ، لكان المالُ بينهما أثلاثاً، فلكلِّ واحدٍ منهما الآن نصْفُ نصيبِه، لو تمَّتْ حريته.

وقيل: لو كانَ الابْنُ حُراً، وهيَ رقيقةٌ، لأخَذَ جميع المال.

ولو كانا حرَّيْنِ، لأخَذَ ثلثَي المال، بحريتها وحجبتْهُ عن ثلُثِ المال، فنصْفُ حريتها تحْجُبُه عن نصْفِ الثُّلُث، فيبقَىٰ له خمسةُ أسْدَاسِ المالِ، وهي عشرون سهْماً منْ أربعةٍ وعشرين سهماً، لكنْ نصفُهُ رقيقٌ، فيعود ذلك إلى عَشرةِ أسْهُمٍ.

ولو كانتِ البنتُ حرَّةً، وهو رقيقٌ، لأخذَتْ نصْفَ المال.

ولو كانَا حرَّيْنِ، لأخذَتْ ثلثه فحريته حجبتها عن سدُسِ المال، فنصف حرِّيتِهِ تحجبها عنْ نصْفِ السدُسِ، فيكون لها الربُعُ والسدس، وهو عشرةٌ من أربعةٍ وعشرين، لكنْ نصفُهَا رقيقٌ، فيعود إلى خمسةٍ من أربعةٍ وعشْرينَ.

وهذا الجوابُ اختيارُ ابن اللَّبَّان وغيره في هذه الصُّورَة، ويُسَمَّى هذا النوْعِ من القسْمة طَريقَ المُخَاطَبَةِ والدَّعْوَىٰ.

ابنٌ وابنُ ابنٍ نصفُ كلِّ واحدٍ منهما حُرٌّ.

قيل: يجمع بين الحريتَيْنِ ويجعلُ المال بينهما نصفَيْن.

وعلى طريق سُفْيَانَ ـ رحمه الله تعالَىٰ ـ: للابْنِ النصفُ، ولا شيء لابن الابنِ، لأنَّ الابْنَ يَحْجُبُ ابنَ الابْنِ. لو كانَا حُرَّيْن فنِصْفُه يَحْجُبُ نصفَهُ.

وقيل: للابْنِ النصْفُ، ولابنِ الابْنِ نصْفُ الباقي؛ لأنه لو كان حرّاً، لكان له

الباقي، فإذا كان نصْفُه حراً، كان له نصْفُ الباقي. قال الشيخُ أبو خَلَفٍ الطبريُّ: وهذا أظهر. بنتٌ وبنْتُ ابنٍ، نصفُ كلٍّ واحدة منْهُما حُرٌّ.

قيل علَىٰ قياسِ محمَّدِ بْنِ الحَسَنِ: يجمع بين الحُرِّيَتَيْنِ، فيحصل حرية بنْتٍ، فلهما النصْفُ بالسوية، وسببُ التسْويةِ أَنَّ بنت الابن، تقول لبنْتِ الصُّلْب: ليْسَ لكِ إلاَّ الربُعُ، فخذيه ودَعِيني مع العصبة ولي معهم، لو انفردت، النصفُ فآخُذُ نصْفَهُ.

وعلَىٰ طريقه سفيانَ ـ رحمه الله ـ: لو كانَتَا حرَّتَيْنِ لأخذت البنتُ النصف، وبنتُ الابْنِ السدُسَ، فيرد كلّ واحِد إلى نصْف نصيبَها.

وقيل: هو اختيارُ ابْنِ اللَّبان وغيره: للبنْتِ الربع، لأنها لو كانتْ حُرَّة، لكان لها النصْفُ، ولبنتِ الابْنِ السدُسُ، وبنُوهَا علَىٰ أنَّهَا، لو كانت حُرَّةً، وكان النصْف من بنْتِ الصُّلْب حُرّاً، يكون لبنت الابن الثلث؛ لأنها تستحقُّ مع حرية البنت السدس، ومع رقها النصْفَ، فإذا حجَبَتْها حرِّيَّتُها عن الثلُثِ الزائِدِ علَى السُّدس، فيحجبها نصْفَ حرِّيَّتها عنْ نصْفِ الثلُثِ الزائدِ عَلَى السُّدُس[1].

وإذا كانَ لَها الثُّلُث عنْد حُرِّيَتها، فيكونُ لها السدُسُ عند حرية نصْفَها.

والظنُّ أن أصحابَ المذْهَبَيْنِ الأولَيْنِ لا يسلمون أنَّهَا تستحقُّ الثلث عند تمامِ الحُرِّيَّة، واللَّهُ أعلم. أبٌ وابْنٌ، نصْفُ كلٍّ واحِدٍ منهما حُرٌّ:

عن محمدٍ اللُّؤْلُؤِيِّ ـ رحمه الله تعالَىٰ ـ أنه يُقَسِّم المالُ بينهما نصفَيْنِ، لأنَّ كلَّ واحد منهما، لو انفردَ، لأخَذَ الكُلَّ، كأنهما جَمَعَا ما فيهما من الحُرِّيَّة، فتحصُلُ عصبةٌ كاملةٌ.

وطريقة سُفْيَانَ: أنهما لو كانا حرَّيْن، كان للأبِ السدُسُ، والباقي للابن، فلكلٍّ واحِدٍ منهما الآنَ نصْفُ نصيبه.

وقيل: للأبِ سدُسُ وثُمُنٌ، وللابْنِ سدُس ثلُثٍ، وثُمُنٌ؛ لأنه، لو كان الأبُ حراً، والابنُ رقيقاً، أخَذَ جميع المال.

ولو كانا حُرَّيْنِ، أخذ سدُسَ المال، فحرية الابْنِ تحْجُبُهُ عَنْ خَمْسَةِ أسداسِ المالِ، فنصفُها يحْجُبه عن نصْفِ هذا المبْلَغ، وهو ربعٌ وسدسٌ، فينضم ذلك إلى السُّدُسِ، فيحصل له ثلث وربع، لكن نصفُهُ رقيقٌ، فيعودُ إلَىٰ سدُسٍ وثمنٍ.

والابنُ، لو كانَ حُرّاً، والأَبُ رقيقاً، لأخَذَ جميع المال.

---

(١) سقط من: ب.

ولو كانَا حرَّيْنِ، لأخذ خمْسةَ أسْداسِ المالِ، فحريَّةُ الأبِ تحْجُبُهُ عن سدُسِ المالِ، فنصفُهَا يحْجُبُهُ عنْ نصْفِ السدُسِ، فيحصُلُ له خمسةُ أسداس، ونصفُ سدسٍ، لكنْ نصْفُه رقيقٌ، فيرتدُّ إلَىٰ نصْفِ هذا المبْلَغ، وهو ثُلُثٌ وثُمُنٌ.

قال أبو خَلَفٍ: وهذا هو الصحيحُ على قياس[1] عليٍّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وهذه صورة تفيدُ الأقيس بهذا المذْهَب، ولم نطوِّل بإيراد أخواتها؛ لبُعْد هذا المذهب من مذْهَبِنا، ولأنّا لم نجدْ عن القائسين على مذهب عليٍّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - ضوابطَ منقَّحةً، فتخرَّجَ عليها الفُرُوعُ وبالله التوفيق.

قال الغَزَالِيُّ: **الثَّالِثُ القَاتِلُ لاَ مِيرَاثَ لَهُ إِنْ كَانَ قَتْلُهُ مَضْمُوناً إِمَّا بِكَفَّارَةٍ، أَوْ إِثْمٍ (و)، أَوْ دِيَةٍ، أَوْ قِصَاصٍ سَوَاءٌ كَانَ عَمْداً أَوْ خَطَأً (ح م و)، بِسَبَبٍ كَحَفْرِ البِئْرِ، أَوْ مُبَاشَرَةٍ مِنْ مُكَلَّفٍ (ح) أَوْ غَيْرِ مُكَلَّفٍ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَضْمُوناً كَقَتْلِ الإِمَامِ فِي الحَدِّ فَقَوْلاَنِ، وَإِنْ كَانَ يَسُوغُ قَتْلُهُ وَتَرْكُهُ كَقَتْلِ القِصَاصِ، وَدَفْعِ الصَّائِلِ، وَقَتْلِ العَادِلِ البَاغِيَ فَقَوْلاَنِ مُرَتَّبَانِ.**

القتل مانع من الإرث

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عن عُمر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - عن النبيِّ ﷺ أنه قَالَ: «لَيْسَ لِلْقَاتِلِ مِيرَاثٌ»[2].

وعن ابن عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - أنه ﷺ قال: «لاَ يَرِثُ القَاتِلُ شَيْئاً»[3].

ويُرْوَىٰ: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلاً، لاَ يَرِثُهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ غَيْرُهُ»[4].

---

(١) في ب: قول.

(٢) رواه النسائي بهذا اللفظ من رواية عمرو بن شعيب عن عمر مرفوعاً في قصة وهو منقطع، ورواه ابن ماجة. والموطأ والشافعي. وعبد الرزاق. والبيهقي، قال البيهقي: ورواه محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً، قلت: وكذا أخرجه النسائي من وجه آخر عن عمرو، وقال: إنه خطأ، وأخرجه ابن ماجة. والدارقطني من وجه آخر عن عمرو في أثناء حديث وفي الباب عن عمر بن شيبة بن أبي كثير الأشجعي أخرجه الطبراني في قصة، وأنه قتل امرأته خطأ، فقال له النبي ﷺ: «اعقلها ولا ترثها»، وعن عدي الجذامي نحوه أخرجه الخطابي، وسيأتي له طريق أخرى.

(٣) رواه الدارقطني وفي إسناده كثير بن سليم وهو ضعيف.

(٤) قال الحافظ في التلخيص: رواه البيهقي من طريق عبد الرزاق عن معمر عن رجل عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً فذكره بزيادة: وإن كان والده أو ولده، والرجل المذكور هو عمرو بن برق قاله عبد الرزاق راوي الحديث، قال الحافظ في التلخيص وهو ضعيف عندهم.

وعن أبي هريرة ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أنّه قال ﷺ: «القَاتِلُ لاَ يَرِثُ»[١].

والمعنَى الكليُّ أنا لو ورّثْنا القاتِلَ، لم نأمَنْ مِنْ مستعجِلِ الإرث أن يقتُلَ مورِّثه، فاْقْتَضَتِ المصلحةُ حرْمَانَهُ[٢].

إذا تقرّر ذلك، فالقَتْلُ ضرْبَانِ:

أحدهما: المضمونُ منه، وهو موجبٌ لِلْحِرْمَانِ، سواءٌ كان مضْمُوناً بالقصاصِ أو

---

(١) تقدم.

(٢) اختلف في القتل المانع من الإرث فعندنا معاشر الشافعية لا يرث من له مدخل في القتل. ولو كان بحق كمقتص وإمام وقاصد وجلاد بأمرهما أو أحدهما سواء أكان مباشراً أم متسبباً بالاختيار أم بالإكراه ـ لكنهم رجحوا في صورة من حفر بئراً في ملكه فقتل فيه مورثه. وكذا من وضع حجراً أو نصب ميزاباً في ملكه أو بنى حائطاً في ملكه فمات المورث بسببها ـ رجحوا في هذه الصور الإرث.. لأنه لم يتعد فيها. أما إذا تعدى بأن حفر بئراً في الطريق فإنه لا يرث إذا مات بها مورثه ـ هذا إذا كان التسبب قريباً. بخلاف ما إذا كان بعيداً كأن أحبل الزوج زوجته فماتت بالولادة فإنه يرث. وإن كان له تسبب في موتها بالأحبال ـ لكنه بعيد ـ ولأن الوطء من باب الاستمتاع. ومن شأنه ألا ينسب إليه قتل.

هذا والقتل يشمل المقصود كما تقدم وغير المقصود كقتل النائم والمجنون والصبي غيرهم. فلا يرث واحد منهم من قتله.

وأما حديث «رفع القلم عن ثلاث ـ عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق» فلا يرد علينا ـ لأنه المرفوع هنا إنما هو قلم التكليف ولا تعلق له بالإرث.

وخالف في ذلك أبو حنيفة فقال بإرث القاتل إذا كان صبياً أو مجنوناً لارتفاع القلم عنهما.

وعندنا لا إرث لمن له دخل في القتل سواء أقصد به مصلحة كضرب الأب ابنه للتأديب فيموت بسببه وربطه الجرح للمعالجة أم لا.

قال ﷺ: «ليس للقاتل من الميراث شيء» أي ليس لمن له مدخل في القتل شيء من الإرث.

وأما السادة الحنفية. فيقولون. إن القتل المانع من الإرث هو ما يتعلق به وجوب القصاص أو الكفارة. فالذي يوجب القصاص هو العمد. وما لا يوجب الكفارة أما شبه العمد وأما الخطأ ـ وموجبهما الكفارة والدية على العاقلة ولا إثم فيه. ويحرم القاتل الميراث في هذه الصور كلها ـ هذا إذا كان القتل بغير حق ـ أما لو قتل مورثه قصاصاً أو حداً أو رقماً عن نفسه فلا يحرم الميراث ـ وكذا إذا تسبب في القتل ولم يباشره مطلقاً سواء أكان في تسببه متعدياً أم لا.

واعترض على الحنفية في قصر المانع على القتل الموجب للقصاص أو الكفارة. بما إذا قتل الأب ابنه عمداً فإنه لم يثبت به قصاص ولا كفارة مع أنه محروم اتفاقاً.

وأجيب بأنه موجب للقصاص بحسب أصله إلا أنه سقط بقوله عليه الصلاة والسلام «لا يقتل الوالد بولده ولا السيد بعبده».

وعند السادة الحنابلة كل قتل مضمون بدية أو قصاص أو كفارة مانع وما لا فلا ـ أما القتل بحق فلا يمنع الميراث.

وعند السادة المالكية. يرث القاتل خطأ من المال دون الدية. ولا يرث القاتل عمداً وعدواناً.

الدِّيَةِ أو الكفَّارة، والتضمين: بمجرَّد الكفارة، كما إذا رَمَىٰ إلى صَفِّ الكفَّار في القتَالِ، ولم يعْلَمْ أنَّ فيهم مُسْلِماً، وكان فيهم مورِّثه المُسْلِمُ، فقتله، تجب الكفارةُ ولا دِيَةَ.

ولا فرْقَ بين أنْ يكونَ القَتْل عمداً أو خَطَأً، خلافاً لمالك ـ رحمه الله ـ حيث قال: الخَاطِىء يَرِثُ إلاَّ مِنَ الديَةِ الواجبَةِ بفعْلِهِ.

وحكَى الحناطيُّ قولاً: أنه الخاطىء يرثُ مطْلَقاً.

لنَا: الأخبار، وأيضاً، فمن لا يَرِثُ من الديَةِ، وجبَ ألا يرث من غيرها؛ كالعامد، ولا فرْقَ بيْن أن يكونَ الخطأُ بالمباشرة، كما إذا كان يَرْمِي إلَىٰ هدف أو صيدٍ، فأصاب مورِّثَه، أو بالتَّسَبُّب، كما لو حَفَر بئراً عُدْواناً، فتردَّىٰ فيها مورِّثُه، أو نصَبَ حَجَراً في الطَّريق، فتعثر به ومات. وقال أبو حنيفة: القتْلُ بالتسبُّب لا يقتَضِي الحرْمَان، إلاَّ إذا رَكِبَ دابَّةً، فرَفَسَتْ مورِّثه، ومات.

لنا: أنَّه قتْلٌ يتعلَّق به الضمانُ، فيتعلَّق به الحرْمانُ كالقتل مباشرةً، ولا فرْقَ بين أن يقْصِدَ بالتَّسَبُّبِ مصلحته؛ كَضَرْب الأب والمعلِّم والزَّوْجِ للتأدِيب، إذا أفضَى إلى الموت، وكما إذا سقَىٰ موَرِّثَهُ الصَّبِيَّ دواءً أو بَطَّ له جُرْحاً علَىٰ سبيل المعالَجَةِ، فمات أوْلاً يقْصِد.

وفي سَقْيِ الدواء وبط الجُرْح وجْهٌ حكاه ابن اللَّبَّانِ وغيره.

وعن صاحب «التقريب» وجْهٌ في مطْلَق القَتْل بالتَّسبُّب: أنَّه لا يوجب الحرْمَانَ، والمذهب الأوَّلُ.

ولا فرْقَ بين أن يصْدُرَ القتْلُ من مكلَّف أو غير مكلَّفٍ، خلافاً لأبي حنيفَة، حيث قال: القتْلُ الصادِرُ من الصبيِّ والمجنونِ والمُبَرْسم لا يقتَضِي الحرْمَانَ.

لنا: الأخبارُ، وأن ما يمنع من توريثِ المكلَّف يَمْنَعُ من توْريث غيره؛ كالرِّقِّ، ولك أن تُعْلِم، لما ذكرنا قولَهُ في الكتاب: «أو خطأً» بالميم والواو، وقوله: «بسبب» بالحاء والواو، وقوله: «أو غير مكلف» بالحاء، ويجُوزُ إعْلامُه بالواو، وأيضاً؛ لأنه، إذا كانَ لنا في الخطأِ قولٌ جاء منه خلافٌ في الصَّبيِّ بناءً على أنَّ عمْدَهُ خطأٌ، وقوله: «مضْمُوناً إِمَّا بكفارةٍ أو إِثْم» لفظ التَّضْمِين بالإِثْم، كالبعيد عن الاستعمال.

ثم المرادُ منه مسألةٌ، وهي: أنَّ المكْرَه علَىٰ قتْلِ مورِّثه، إذا قتَلَهُ لا يَرِثُهُ.

وإن قُلْنا: لا قصاصَ، ولا ضمانَ؛ لأنه أَثِمَ بالقتل. [هذا ظاهرُ المَذْهب، وفيه وجهٌ آخَرُ، بناءً علَىٰ أنَّ المكْرَه آلَةُ القَتْلِ]، وهو المذكور في الكتاب من أبواب القصاص، فيجوزُ أن يُرْقَمَ قولُهُ «أو أثم» لذلك.

الضرب الثاني: غير المضْمُون مَنَ القَتْل، وينقَسِمُ إلَىٰ: مستحقٍّ مقصودٍ وإلَىٰ غيره.

والأوَّلُ نوعان:

أحدُهُمَا: لا يُسَوِّغ تركَهُ، فإذا قتل الإمَامُ مُوَرِّثه حَدّاً بالرَّجْم، أو في المُحَارَبَةِ، ففيه قوْلاَن أو وجْهَانِ:

أحدُهُمَا: عن تخريج ابْنِ سُرَيْج وغيره: أنه لا يوجِب الحرْمَانَ؛ لأن الإمام مأمورٌ به محمولٌ عليه، ويحكَىٰ هذا عن ابنَ خَيْرَان.

والثاني: يوجِبَهُ لإطْلاقِ الأخبار، وفيه وجْهٌ آخرُ أنَّه يُفَرِّقُ بَيْنَ أن يَثْبُتَ بالإِقْرار، فلا يُحْرَمُ؛ لأنه غير متَّهَمٍ وبيْن أن يَثْبُتَ بالبينة، فيحرم؛ لاحتمال مواطأةِ الشُّهود، وبه قال أبو إِسْحَاق.

والنوع الثاني: ما يُسَوِّغ تركه؛ كقتل الموِرِّث قِصَاصاً، ففيه خلافٌ مرتب على الخلاَفِ في قَتْلِ الإمَامِ حَدّاً، وهذا أوْلَىٰ باقتضاء الحرمان؛ لأنه مخيَّر[1] [في الترك والقتل]، فإذا قَتَل؛ فقدَ يُتَّهَم بقصْد جلْب الميراث.

والقسْم الثَّاني: ما لا يوصَفُ بكَوْنه مستحقاً مقْصُوداً؛ كقتل الصائل والباغي، فإنَّ المقصُودَ الدفْعُ والردُّ إلى الطاعةِ لا القَتْلُ بخصوصه، ففي تعلّق الحرمانِ بقَتْل الصائل خلافٌ مرتَّب على الخلافِ في القِصَاص، وهذا أَوْلَىٰ باقتضاءِ الحرْمَانِ؛ لأنه غير مستحقٌ، والتهمةُ منقدحةٌ؛ لاحتمال الزيادةِ علَى القَدْر المحتاجِ إلَيْه في الدفع، وكذا قتل العادِلِ البَاغِيَ.

وأما قتْلُ الباغي العادلَ، فإنْ قلنا: الباغي يضْمَنُ؛ فلا ميراثَ لَهُ.

وإن قلْنا: لا يضمَنُ؛ فوجْهَان مرتَّبان على الخلافِ في العكس، وهذا أَوْلَىٰ بالحرمان؛ لأنا لا نطلِقُ له قتْلَ العادل.

وإذا جمعتَ بيْنهما، قلْتَ: في جريان التوارث ثلاثةُ أقوالٍ أو أوْجُهٍ ثالِثُها؛ أن العادل يرثُ من الباغِي ولا ينْعَكِسُ.

واعلم أن ظاهر قول الشافعيِّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ ومذهَبُه في الصُّور جميعاً إنَّمَا هو الحرْمَان، وبه قال الإمامُ أحْمَدُ.

قال القاضي الرُّويانيُّ، لكن الأخبار والقياسَ أَبَّ مَا لاَ يوجِبُ الضَّمانَ لا يوجِبُ الحرمان، ولا يبعد تخصيص الأخْبار بالقياس[2].

---

(١) في ب: تقدم وتأخير.

(٢) قد يرد من الشارع أمر متعلق بعام ثم يظهر أن بعض أفراد هذا العام يستحق حكماً يخالف سائر الأفراد وهذا الحكم معلل بعلة توجد في غيره من الأفراد كأن يقول قائل لمن له أن يأمره «لا تعط من سألك شيئاً» فمن عام ينتظم جميع أفراد السائلين أغنياء أو فقراء علماء أو جهلاء، ثم تلا ذلك=

وقال أبو حنيفة: ما لا يوجِبُ الكفَّارة منْ أنواعِ القَتْل لا يوجِبُ الحرمان، واستثنَىٰ علَىٰ أصْله القتْلَ العَمْد.

= أمر آخر يقول «واعط محمداً لفقره» فلما علمنا العلة وأردنا تعميم محل الاعطاء فهل نقول إنه مأمور بإعطاء كل فقير سواء كان محمداً أو غيره؟ وبعبارة أخرى هل لنا أن نخصص العام الأول بهذا القياس ونقول إن مراد الناهي بلفظ العام غير الفقراء ويكون المخرج نوعين أحدهما بالنص وهو «محمد» والثاني بالقياس وهو غيره من الفقراء. .

هذا هو محل النزاع بين الأصوليين. .

وكان من أثر اختلاف الأصوليين في دلالة العام اختلافهم في جواز تخصيص العام من الكتاب أو السنة المتواترة بالقياس إذا لم يخصصا بدليل مستقل مقارن قطعي الثبوت، ونذكر هنا أمر آخر كان سبباً من أسبابِ الخلاف بينهم في جواز التخصيص بالقياس وهو وجود الضعف في القياس الناشىء من احتياجه في الغالب إلى الاجتهاد في أمور ـ كون حكم الأصل معللاً، وتعيين علته، ووجودها في الأصل، ووجودها في الفرع، وخلوها عن المعارض فيهما، وكل ذلك بعد معرفة حكم الأصل ـ والأمور الاجتهادية يتطرق إليها احتمال الخطأ، وهذا بخلاف الخبر فإن محل الاجتهاد فيه ـ أن كان ـ أمران، عدالة الراوي وكيفية الدلالة لهذين الأمرين وقع الخلاف بين علماء الأصول في جواز تخصيص العام بالقياس وعدم جوازه وذهبوا فيه مذاهب شتى. .

فذهب الأئمة الأربعة والأشعري وأبو هاشم من المعتزلة إلى الجواز ألا أن الذين قالوا بأن دلالة العام على أفراده قطعية شرطوا لذلك أن يكون العام مخصصاً بغير القياس بدليل متصل مقارن قطعي الدلالة ـ أن كان العام كذلك.

وذهب أبو علي الجبائي من المعتزلة إلى تقديم العام على القياس مطلقاً سواء كان القياس جلياً أو خفياً وسواء كان العام مخصوصاً أو لا، ونقله القاضي في التقريب عن الأشعري. .

وذهب ابن سريج إلى الجواز أن كان القياس جلياً وهو ما كان الجامع فيه وصفاً مناسباً للحكم لا أن كان خفياً وهو قياس الشبه كقياس طهارة الخبث على طهارة الحدث في تعين الماء للطهارة بجامع أن كلا طهارة تراد للصلاة فإن هذه العلة غير مناسبة للحكم بذاتها ألا أن يتوهم، فيها المناسبة لأن الشارع رتب عليها تعين الماء في الطهارة الحدثية. وقيل الجلي ما قطع فيه بنفي الفارق بين الأصل والفرع كقياس الأمة على العبد في تقويم البعض على معتق بعضه الآخر ليعتق الكل أو ما كان تأثير الفارق فيه ضعيفاً كقياسهم العمياء على العوراء في عدم الأجزاء في الضحية بجامع النقص، والخفي ما كان تأثير الفارق فيه قوياً كقياس القتل بالمثقل على القتل بالمحدد. .

وقيل يجوز أن كان أصله وهو المقيس عليه مخرجاً من ذلك العام بنص وقيل يجوز أن كان المقيس عليه مخرجاً من العام أو ثبتت علة القياس بنص أو إجماع وإلا اعتبرت القرائن فإن ظهر ما يرجح القياس خصص العام وإلا عمل به وألغى القياس وهو مختار ابن الحاجب. .

وذهب الإمام حجة الإسلام الغزالي إلى أن تفاوت القياس والعام في غلبة الظن رجح الأقوى فإن تعادلا فالوقف. .

وذهب القاضي أبو بكر وأمام الحرمين إلى الوقف. .

والحاصل من جملة هذه المذاهب أنها راجعة إلى القول، بالجواز مطلقاً وعدمه مطلقاً وإلى التفصيل والوقف. .

ولو شهِدَ علَىٰ مورِّثه بما يوجِبُ القِصَاصَ أو الحَدَّ، وقتل بشهادَتِهِ، ففي إرثه الخلافُ المذكورُ فيما إذا قتَلَهُ قِصَاصاً، ولو شهِدَ علَىٰ إحصانه، وشَهِدَ غيره على الزِّنَا، فهلْ يُحْرَمُ شاهدُ الإحْصَان؟

قال ابن اللَّبَّانِ وآخرون: فيه مثْلُ ذلك الخلاف، ويُشْبِه أن يجيء فيه طريقةٌ قاطعةٌ بأنه لا يُحْرَمُ.

ولو شَهِدَ علَىٰ عدالةِ شُهُودِ الزِّنَا علَىٰ موَرِّثه، ففيه الخلاف:

«فَرْعٌ»

يمكن أن يَرِثَ المقتُولُ من القاتِلِ بأنْ جرح[1] مورِّثه، ثم مات قَبْل أن يموتَ المجْرُوح مِنْ تِلْكَ الجرَاحةِ، والله أعْلَم.

قال الغَزَالِيُّ: **الرَّابعُ: انْتِفَاءُ النَّسَبِ بِاللِّعَانِ يَقْطَعُ التَّوَارُثَ بَيْنَ المُلاَعِنِ وَالوَلَدِ، وَكَذَا كُلُّ مَنْ يُدْلِي بالمُلاَعِنِ لِأَنَّهُ انْقَطَعَ نَسَبُهُ، وَيَبْقَى الإِرْثُ بَيْنِ الأُمِّ وَالوَلَدِ، وَلَوْ نَفَىٰ بِاللِّعَانِ تَوْأَمَيْنِ فَهُمَا يَتَوَارَثَانِ بِأُخُوَّةِ الأُمِّ لاَ بِالعُصُوبَةِ إِذِ الأُبُوَّةِ مُنْقَطِعَةٌ، وَوَلَدُ الزِّنَا كَالمَنْفِيِّ بِاللِّعَانِ، فَلاَ يَرِثُ مِنَ الزَّانِي، وَتَرِثُهُ الأُمُّ وَيَرِثُهَا.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أكثرُ الأَصْحَابِ لا يعُدُّون هذا مِنْ موانِعِ الإرْث؛ لأنَّهم يعْنُونَ بالمانِعِ ما يجامِعُ سبَبَ الإرْث منْ نَسَبٍ وغيره؛ كالرِّقِّ، واختلاف الدِّين، وتساهَلَ صاحبُ الكتاب في «الوسيط» في تسميته مَانِعاً. وأما ههنا، فلم يأت بلَفْظِ المَانِعِ، ولكن قال: «وما يَنْدَفِع به الميراثُ ستَّةٌ»، والاندفاعُ قد يكُونُ للمَانِعِ، وقد يكون للسبب[2]، فحَسُنَ الجمْعُ بين النوعَيْن[3].

وفقه الفصل مسألَتَانِ:

المسألة الأولَىٰ: اللِّعَانُ، يقْطَعُ التوارُثَ بين الملاعِنِ والوَلَدِ؛ لأنه يقطع النَّسَب بينهما، وكذلك يقطَعَ التوارُثَ بين الوَلَد، وكلُّ من يُدْلِي بالمُلاَعِنِ، كأبيه وأمِّهِ وأولادِهِ.

---

(١) في ب: خرج. (٢) في ب: للنسب.

(٣) قال في الخادم: وحاصله أنه لا يحس عد اللعان مانعاً، فإنهم إنما يعللون بالمانع مع قيام السبب والمسبب هنا وهو الزوجية مفقود.

وجواب هذا من وجهين: أحدهما: أن الراجح في التعليل بالمانع أنه لا يتوقف على وجود المقتضى كما اختاره ابن الحاجب وغيره في الأصول. الثاني: سلمنا، ولكن السبب هنا وهو النسب في حكم القائم بدليل أن الملاعن لو أكذب نفسه لحق به، ولولا أن النسب في حكم القائم لما توارث التوأمان، يأخذه الأب وللأم على أحد الوجهين أي وهو الضعيف إلى آخر ما ذكره.

وفي «السلسلة» للشيخ أبي[1] محمَّد ذكْرُ وجْهٍ مخُرَّج: أنَّ اللِّعَانَ لا يَقْطَع التوارث بين الوَلَد والمُلاَعِنِ، وبناءُ الخلاف في الوجْهَيْن في أنَّ الملاعن، هلْ له أن ينْكِح بنت الملاعَنَةَ التي نفاها، إذا لم يكُنْ قد دَخَلَ بأمها؟ إن قلْنا: له ذلك؛ كنكاحِ بنْتِ الزِّنَا، فلا يَرِثُ.

وإن منَعْنا منه؛ لأن نسبها يعرض الثُّبوت مِنْ حيثُ إنَّه قد يكذب نفْسَه، فيَرِث.

قال: وبهذا قال مالك ـ رحمه الله ـ ولم نر لغيره نِسْبَةَ هذا المذهب إلى مالِكٍ، ولا حكاية هذا الوجه، والله أعْلَم.

وأما الولَدُ مع الأمِّ، فإنهما يتوارَثَانِ توارُثَ سائر الأولاد والأمَّهَات؛ والتوأمان المتعيان باللِّعَان، كيف يتوارَثَانِ؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: وهو المذكور في الكتاب، وبه قال أبو إسْحَاق: أنهما لا يتوارثان إلاَّ بأُخُوَّة [الأمِّ؛ لانقطاع نسَبِهِمَا عنِ الأب.

والثاني: يتوارَثَانِ[2]] بأُخُوة الأبِ والأمِّ، وبه قال مالك ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ لأنَّ اللعانَ إنَّما يؤثِّر في حقِّ المتلاعنَيْن دون غيرهما.

وإذا قلْنا بالأوَّل، فلا عصَبَةَ للوَلَدِ المنفيِّ إلاَّ مِنْ صُلبه أو من جهة الولاءِ؛ بأن يكون عتيقاً أو أمُّه عتيقةٍ، فيثبت الولاءُ لمولاها علَيْه، وعصبة الأمِّ لا يكونون عصبةً له، خلافاً لأحمد ـ رحمة الله عليه ـ فيما إذا لم يكُنْ له مُنْ صلْبِهِ عصبةٌ، حتى إذا خلَّف أمَّهُ، وخالاً، قال: للأمِّ الثلثُ والباقي للخَالِ، ويُرْوَىٰ هذا المذْهَبُ عن أبي حنيفة، ولا يكاد يثْبُتُ له.

لَنَا: أنهم ليْسُوا عصبةً له في تحمّل العقل والولاية فكذلك في المِيرَاثِ.

ولو نفى الولَدِ باللِّعَان، ثم استلْحَقَهُ، لحِقه فإنْ كان بعْد مَوْت الوَلَد، فكذلك، وتنقض القسْمَة، لو قسمت تركتُهُ، حتى لو كان علَىٰ أمِّه ولاء، فأخذ مولاَها ميراثه، كان للمستلحق الاسترْدَادُ، ولا فَرْقَ في اللُّحُوق بيْن أن يخلِّف الميت ولداً أو لا يُخَلِّف.

وقال أبو حنيفة: إذا لَمْ يُخَلِّف ولداً، لم يلحقه الاستلحاقُ بعْد الموت.

المسألةُ الثانيةُ: ولَدُ الزِّنَا كالوَلَدِ المنفيِّ باللعان، لأنَّ الوجه الذي حكاه الشيخ أبو محمَّد لا مساغ له ههنا، وَأنَّ ولد الزنا لا يلْحَقُ الزانِيَ بالاستلحاق، وأنَّ التوأمَيْنِ من الزنا لا يتوارَثَان إلاَّ بإخْوَة الأمِّ.

---

(١) قال النووي: هذا الوجه غلط؛ لأنه في الحال لا نسب.

(٢) سقط من: د.

وعن «الحاوِي» وجهٌ ضعيفٌ؛ أنَّهما يتوارَثَان أيضاً بأُخُوَّة الأبِ والأُمِّ، وحكاه الحناطي أيضاً[١].

قال الغَزَالِيُّ: الخَامِسُ إِذَا اشْتَبَهَ التَّقَدُّمُ وَالتَّأَخُّرُ فِي المَوْتِ، كَمَا إِذَا مَاتَ قَوْمٌ مِنَ الأَقَارِبِ فِي سَفَرٍ، أَوْ تَحْتَ هَدْمٍ، أَوْ غَرَقٍ، فَيُقَدَّرُ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ كَأَنَّهُ لَمْ يُخَلِّفْ صَاحِبَهُ، وَإِنَّمَا خَلَّفَ الأَحْيَاءِ إِذْ عَسُرَ التَّوْرِيثُ لِلاشْتِبَاهِ، وَكَذَلِكَ نَفْعَلُ إِنْ عَلِمْنَا أَنَّهُمْ مَاتُوا عَلَىٰ تَرْتِيبٍ وَلَكِنْ عَسُرَ مَعْرِفَةُ السَّابِقِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا ماتَ المتوارِثَانِ بغَرَقٍ أو حَرَقٍ أو تَحت هَدْمٍ أو في بلادِ الغُرْبة أو وُجِدا مقتولَيْنِ في معْركَةٍ؛ فله صُوَرٌ خَمْسٌ:

إحداها: أن يعرف تلاحقُ موْتِهِمَا وعيْن السابق منْهما، وحكمهما بيِّن.

والثانيةُ: أن يعلم التلاحقُ، ولكنْ لا يعلم عيْن السابِقِ منهما.

والثالثة: أنْ يُعْلَم وقوعُ الموتَيْنِ معاً.

الرابعة: ألاَّ يُعْلَم أتلاحقا أمْ وقعاً معاً.

ففي هذه الصُّور الثلاث لا يُوَرَّث أحدُهما من صاحِبِه، بل يُجْعَلُ ما لكلِّ واحدٍ منهما لسائر ورثته، لو لم يخلِّفِ الآخر.

وقال أحمد ـ رحمه الله ـ: يَرِثُ كلُّ واحد من الآخر تَلِيدَ[٢] ما له دُون طَرِيقِهِ.

والمرادُ من التَّلِيد: ما كانَ لَهُ، ومِنَ الطَّرِيق: ما وَرِثَهُ من الآخر.

لنا: أن كلَّ واحدٍ منهما لا تتحقَّق حياته عنْد مَوْت صاحبِهِ، فلا يُورث منه؛ كالجنين، إذا انْفَصَل ميِّتاً بعْد موت مُوَرِّثه.

واحتجَّ الشيخُ أبو حامِدٍ بأنَّا إذا ورثنا كلَّ واحدٍ منهما منْ صَاحِبه، فقد حكَمْنا بالخطإ يقيناً؛ لأنهما إنْ ماتا معاً، ففيه توريثُ مَيِّت من ميِّت، وإنْ ماتا علَى الترتيب، ففيه توريث مَنْ تقدَّم موْتُه عمَّن تأخَّر موته. ولا بُدَّ هاهنا من التعرُّض لأُمُورٍ:

أحدها: إيضاحُ المذهَبَيْنِ بالمثال.

أَخَوَانِ غريقان غَرِقَا: مالُ كلِّ واحدٍ منهما لموْلاَه.

وعن أحمَدَ: مالُ كلِّ واحدٍ منهما لأخيه، ثم يتلقَّاه منه موْلاَه.

---

(١) قال النووي: هذا الوجه غلط فاحش، قال الإمام: ولو علقت بتوأمين من واطىء بشبهة، ثم جهل الواطىء، توارثا بأخوة الأبوين بلا خلاف.

(٢) التليد ما ولد عندك من مالك أو نتج. ينظر ترتيب القاموس ١/ ٣٧٤.

أخٌ وأُختٌ غرقًا، وخلَّفَ الأخُ زوجةً وبنتاً، والأخت زوجاً وبنتاً، فيجعل كأنَّ الأخ ماتَ عَنْ زوجةٍ وبنتٍ لا غير، والأختُ عن زَوْجٍ وبنت لا غَيْرُ.

وعنْدَ أَحْمَدَ يميت الأخ أولاً، وتورث الأختُ من تليد مالِهِ، فيكون للزوجةِ منه الثمنُ، وللبنْتِ النصفُ، والباقي للأختِ، وهذا الباقِي يقسَّم علَىٰ ورثتها الأَحْيَاء خاصَّة، بم يميت الأُخت أوَّلاً، ويورث الأخَ من تليد مالِهَا، فيكون للزوْجِ منه الربُعُ، وللبنْتِ النصْفُ، والباقي للأخ، وهذا الباقي للأحْياءِ مِنْ ورثَتِهِ خاصَّة.

الأمر الثاني: رأى الإمامُ تخصيصَ الخِلاَف فيما إذا سَبَق موْتُ أحدهما، وأشْكَل السَّبْق، واستبعد المَصِير إلَىٰ توريث أحدِهما من الآخر، إذا عُلِمَ وقوعُ الموتَيْنِ معاً، لكن الشيخ أبا حَامِدٍ في آخرين حَكَوُا الخلافَ في الصُّوَر الثَّلاَثِ جميعاً.

[الأمر] الثالثُ: نقل ابن اللَّبَّان عن بعض المتأخِّرين فيما إذا تلاحَقَ الموتَانِ، ولم يُعْلِمَ السابقُ، أنَّ القياسَ أن يُعطَىٰ كلُّ وارث ما يتيقن له، ويوقَّفُ المشكوكُ فيه.

قال أبو حاتم القَزْوِينيُّ، وبه قال شيخُنَا أبو الحَسَنِ - يعني ابْنَ اللَّبَّان - وحكاه عن ابن سُرَيْجٍ.

الصورةُ الخامِسَةُ: أن يُعْلَم من سبق موْتُه، ثم يُشْكِل الحال، وتلتبس الحالِ، فيُوقَّفُ الميراثُ، حتى يتبين أو يَصْطَلَحا؛ لأنَّ التذكُّر غير ميؤوسٍ منه هذا ظاهر المذهب. وفيه وجهٌ آخَرُ: أنَّه كما لو لَمْ يُعْلَم السابقُ منهما، وإلَيْه مَيلُ الإمام. وهذه الصُّوَر الخَمْس، كما ذكرنا في الجمعَتَيْنِ المقامَتين في بلدةٍ واحدةٍ.

قال الإمامُ: لكنْ هناك قولانِ فيما إذا عُلِم السَّبْقُ، ولم يتعين السابقُ، وههنا بحزم بمَنْع التوارُثِ؛ لأنَّ الأمْرَ بتدارُكِ الصلاة هين، ووقْفُ الميراثِ أبداً لا مَعْنَىٰ له.

وقوله في الكتاب: «وكذلك نفعل إن علمنا أنهم ماتُوا على تَرْتِيب ولكن عسر «معرفة السابق» يمكن حملُهُ على جهة اللفْظِ علَىٰ ما إذا علِمْنا الترتيبَ، ولم يتعيَّن لنا السابقُ، وعلَىٰ ما إذا لم يتعيَّن لنا السابقُ، ثم عرض نسيانٌ والتباسٌ، لكنِ الأقربُ الحَمْلُ على الثَّاني؛ لأن الأوَّل عين قوله أولاً «إذا استبهم التقدُّم والتأخُّر في الموت»[1] إلاَّ أنْ يؤول ذلك في استبهام الترتيبِ والمعيَّة، بأن يرد التقدُّم[2] والتأخُّر إلَىٰ موت

(١) [هو أحد احتمالي الشيخ أبي محمد اختاره ولده الإمام وقطع به الغزالي في الوسيط والبندنيجي في المعتمد، وإطلاق الروياني في الحلية يقتضيه وقد أنكر ذلك على الوسيط ابن الصلاح في مشكله.
وقال النووي في التنقيح: ممن قطع بالوقف إلى أن يبين في صورة النسيان الشيخ أبو حامد الاسفراييني وأصحاب الشامل والمهذب والبيان وغيرهم من العراقيين والخراسانيين.]

(٢) سقط من: د.

الواحِدِ منهما علَىٰ معْنَىٰ أنه إذا استبهم أنَّ موته تقدَّم أو تأخَّر، حتَّىٰ وقع مع موت الآخر، لكنه تكلف.

وإذا كان المُرَاد المَحْمَل الثَّانِيَ، جاز أن يُعْلَمَ بالواو؛ [لما سبق، وكذلك قولُه: «وإنما خلَّف الأحياء» يصح إعلامه بالواو](1)؛ للوجْه الذي حكاه ابن اللَّبَّانِ، فأما إذا أوقَفْنا بعْضَ المالِ، لم يكُنْ كما لو لَمْ يخلِّف إلاَّ الأحياءَ.

قال الغَزَالِيُّ: **السَّادِسُ مَا يَمْنَعُ مِنَ الصَّرْفِ فِي الحَالِ، وَهُوَ الإِشْكَالُ إِمَّا فِي الوُجُودِ أَوْ فِي النَّسَبِ أَوْ فِي الذُّكُورَةِ (أَمَّا الإِشْكَالِ فِي الوُجُودِ) فَصُورَتُهُ الأَسِيرُ وَالمَفْقُودُ الَّذِي انْقَطَعَ خَبَرُهُ، إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ حَاضِرٌ فَلاَ يُقَسَّمُ مَا لَمْ تَقُمْ بَيِّنَةٌ عَلَىٰ مَوْتِهِ أَوْ تَمْضِ (و) مُدَّةٌ يَحْكُمُ الحَاكِمُ فِيهَا بِأَنَّ مِثْلَهُ لاَ يَعِيشُ فَيُقَسَّمُ عَلَىٰ وَرَثَتِهِ المَوْجُودِينَ عِنْدَ الحُكْمِ، وَإِنْ مَاتَ لَهُ قَرِيبٌ حَاضِرٌ تَوَقَّفْنَا فِي نَصِيبِهِ وَأَخَذْنَا فِي حَقِّ الحَاضِرِينَ بِأَضَرِّ الأَحْوَالِ عَلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ أَخْذاً بِأَسْوَإِ الأَحْوَالِ، فَمَنْ كَانَ يَنْقُصُ حَقُّهُ بِمَوْتِهِ قَدَّرْنَا فِي حَقِّه مَوْتَهُ، وَمَنْ كَانَ يَنْقُصُ حَقُّهُ بِحَيَاتِهِ قَدَّرْنَا فِي حَقِّهِ حَيَاتَهُ، وَقَدْ قيل: يُقَدَّرُ المَوْتُ فِي حَقِّ الكُلِّ، وَقِيلَ: يُقَدَّرُ الحَيَاةُ فِي حَقِّ الكُلِّ، ثُمَّ إِنْ ظَهَرَ خِلاَفُهُ غَيَّرْنَا الحُكْمَ.**

«أسباب تمنع صرف المال إليه في الحال للشك في استحقاقه»

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أَوَّلُ ما نذكره أن عدّ هذا من المَوَانِعِ أو الدَّوَافِعِ غيرُ مُتَّجِهٍ؛ لأن امتناع الصَّرْف في الحال ليس إلاَّ التوقُّفَ إلَىٰ زوال الشَّكِّ في الاستحقاق علَىٰ ما ستعرفه، وحينئذٍ إنْ تبين أنَّه لَيْسَ بمستحقٍّ، فذاك، وإلاَّ، صرف إليه، والتوقُّف ليس حُكْماً بعدم التوْريث.

والمقصود أن الموصوف بسبب الإرْث قد يمتنع صرْفُ المال إليه للشَّكِّ في استحقاقه، وهذا الشكُّ قد يكُونُ بعروض الشك في وجودِهِ، وقد يكُونُ للشَّكِّ في نسَبِهِ أو للشّكِّ في الذكورة.

أما مع الشَّكِّ في الوجودِ أو دُونه، فهذه أربعةُ أسْبَاب:

أما الشكُّ في الوجود، فكمن مات وله قريبٌ مفقودٌ، لا نُعْلَمُ حياتُهُ ولا موتُهُ، ولما جرَىٰ ذكْر المفقود، وتكلَّم في توريث الغَيْر منه، ثم في توريثِه من الغير، وإن كان الشكُّ في الوجود لا يَقَعُ إلاَّ في توريثه من الغَيْر، أمَّا التوريثُ منه، فالمقْصُودُ الذي

(١) سقط من: ز.

انْقَطَعَ خَبَرُه، وجُهِلَ حالُهُ، إما في سَفَر أو حَضَرٍ، في قتالٍ أو عند انكسارِ سفينةٍ، وغيرهما، وله مالٌ حاضِرٌ، وفي معناه الأسيرُ، إذا انقطع خَبَرُهُ.

قال صاحبُ الكِتَابِ «ولا يقسَّم ما لم تقم بينة علَىٰ موْتِهِ أو تَمْضِ مُدَّةٌ يحكم الحاكم فيها بأنَّ مثله لا يَعِيشُ».

فأمَّا القسْمةُ عند قيامِ البَيِّنَة على موته فجائز.

وأما إذا لم تَقُمْ؛ فعنِ الأستاذِ أبي مَنْصُورٍ وغيره، أن الصَّحيح أنَّه لا يقسم ماله، ولا مُدَّة ينتهي إليها؛ لاختلاف أعْمَارِ الناس في جميع الأعصار.

وقد نصَّ الشافعيُّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ على أنَّ زوجَةَ المفقُود تَصْبِرُ إِلَىٰ أن يعرفَ حالَهُ، فكذلك ههنا.

والأكثرون أجَابُوا بما ذَكَرَهُ في الكتَابِ منهم ابنُ اللَّبَّان وصاحب «الشامل» و«المهذب» وأبو الحسن العبَّادِيُّ، ولعلَّه الأظهر.

وعلَىٰ هذا؛ فالبحثُ والنَّظَر في أمور:

أحدها: ليستْ هذه المدَّةُ مقدَّرةً عند الجمهور، قالوا: وهُوَ الظاهر من مذهب أبي حنيفَة ومالك ـ رحمهما الله ـ ومِنْ أصحاب مالكٍ من يُقَدِّرها بسبعينَ سَنَةً، ومِنْ أصحابِ[1] أبي حنيفَة مَنْ يقدِّرها بمائةٍ وعشرينَ سنَةً، ويرويه عنه. ومن أصحاب مالك من يقدرُّها بتسعين سنة، ومن فرائض بعْضِ المتأخِّرين أن مِنْ أصحابنا مَنْ قال به.

وعن أحمدَ أنَّه ينتظر أربع سنين، فإذا مضَتْ، ولا أثر، قُسِّم ماله، ونكحت زوجته، فيجُوزُ أنْ يُعْلَم قولُهُ: «لا يقسَّم» بالألف كذلك.

والثاني: أنَّه تعتبر مدة يقطع بأنَّه لا يَعيشُ أكْثَرَ منها أو مدَّة يغْلِبُ على الظنِّ أنه لا يعيشُ أكثر منها، منهم من اكتفَىٰ بغالب الظنِّ، ومنهم من أطْلَقَ لفْظ القطع واليقين.

هذا ابن اللَّبَّانِ يقُولُ: كان الشافعيُّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ لا يقسَّم مالَهُ، حتى يُعْلَمَ موْتُهُ أو تمْضِيَ مدَّةٌ يُتَيَقَّنُ فيها بمَوْتِهِ، والأشْبَهُ الأوَّل، ويجوز أن يُحْمَلَ الثاني علَيْه؛ لأنه قد يتساهَلُ في إطْلاق لفظ اليقِينِ على الظَّنِّ الغالبِ؛ ألا ترَىٰ إلى قَوْلَ الشافعيِّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ في امْرأةِ المفقُود، وأنَّها لا تُنْكَحُ ما لَمْ يأتها يقينُ وفاتِهِ، ومعْلومٌ أن قيام البيِّنة على الوفاةِ كافٍ، وأنَّها لا تفيدُ القَطْع.

الثالث: لعلَّك تقولُ: من الأصحابِ مَنْ يقول: لا يقسَّم مالُهُ حتَّىٰ تمضي مدةٌ،

---

(١) سقط من: ب.

يُعْلَمُ موْتُهُ فيها، ولا يتعرَّض لحكْمِ الحاكِم، كما نقل عن ابنِ اللَّبَّانِ. ومنْهم مَنْ يعتبر الحُكْم علَىٰ ما ذكره في الكتابِ، فكَيْفَ الحَالُ فيه؟ والذي ينبَغِي أنْ يُقَال في الجوابِ: إن القسمة، وإن كانَتْ بالقَاضِي، فقسمته تتضمَّن الحكْمَ بالمَوْت، وإنِ اقتسَمُوا بأنفُسِهِم، فيجوز أن يقدَّر فيه خلافٌ، إن اعتبرنا القطْع، فلا حاجة إلَيْه، وإلا، فلا بدَّ منه؛ لأنَّه في مَحَلِّ الاجتهاد.

وأيضاً، فإنَّهم حكَوْا؛ تفريعاً على القول القديم من امرأةِ المفقود، وجْهَيْن في أنها، هلْ تحتاجُ إلَىٰ حُكْمِ الحاكمِ؛ لتنكح أمْ يكْفِي مُضي المدة؟

والظاهرُ اعتبارُ الحُكْم.

الرابع: إذا مضَتِ المدَّةُ المعتبرةُ وقُسِّم ماله، فهل لزوجته أن تَنْكِحَ؟ والجوابُ من مفهومِ كلامِ الأئمَّة ـ رحمهم الله ـ دَلاَلَةً وتصريحاً أن لَهَا ذلِكَ، وأنَّ المنْعَ على الجديدِ مخْصُوصٌ بما قبل هذه المدة، ألا تَرَىٰ أنَّهم ردُّوا على القوْلِ القديم حيْث اكتفى بأربع سنين، بأنه، إذا لم يَجُزْ الحكم بمَوْتِهِ في قِسْمة أموالِهِ وعِتْقِ أمهاتِ أولادِهِ، لم يَجُزِ الحكم به في فِرَاقِ زوْجَتِهِ.

فأشعر بأنَّهم رأوْا الحكمَيْنِ متلازِمَيْنِ.

وعلَىٰ هذا؛ فالعبدُ المنقطعُ الخَبَرِ بعْد هذه المدَّة لا تجبُ فطرته، ولا يجزىءُ عن الكفَّارة بلا خلافٍ، وموضعُ القَوليْن ما قبل ذلك. ولا يبْقَى للاستناد مُتَمَسَّكٌ في نصِّه الجديدِ في مسْألة المَفْقُود. وقوله: «فيقسَّم على ورثته الموجودينَ عنْد الحُكْم» معناه أنَّا ننْظُرُ إلى مَنْ يَرِثُه حينَ حَكَم الحاكمُ بموته، ولا يُوَرَّثُ من مات قبْل الحُكْم، ولو بلحظة؛ لجواز أن يكونَ مَوْت المفقود بَيْنَ موْتِهِ وبيْنَ حُكْم الحاكم.

وأشار العَبَّادِيُّ في «الرَّقْم» إلى أنَّه لا يشترطُ أنْ يقع حكْمُ الحاكم بَعْد المدة، فقال: «يضرب الإمامُ لَهُ مدَّة لا يعيشُ في الغالب أكْثَرَ من تلْك المدة، فإذا انتهتْ، فكأنه مات ذلك اليَوْمَ» هذا لفْظُه.

وأمَّا توريثُه، فإذا مات للمفقودِ قبْل الحكْم بموته قريبٌ حاضِرٌ، نُظِرَ: إنْ لم يكُنْ له إلا المفقودُ، توقَّفْنا إلى أن يتبيَّن أنه كان حياً عنْ مَوْت الحاضر أو ميتاً، وإن كان له غير المفقُودِ، توقَّفْنا في نصيب المفقُود، وأخذنا في حقِّ محل واحدٍ من الحاضِرينَ بالأسْوإِ، فمن يسقط منهم بالمفقود لا يُعْطَىٰ شيئاً إلى أن يتبيَّن حاله[1]، ومن ينقص

(١) قال الشيخ جلال الدين البلقيني: بقي قسم رابع وهو من يستحق بتقدير حياته فيقدر في حقه موته. مثاله: بنتان وبنت ابن وابن ابن غائب وأخ شقيق حاضر. فإن بنت الابن إن كان ابن الابن=

حقُّه بحياته، يُقَدَّر في حقه حياتُهُ، ومن ينقص حقُّه بموته، يُقدَّر في حقِّه موتُهُ، ومن لا يختلفُ نصيبه بحياته وموته، أُعْطِيَ نصيبَهُ. ونوضِّح ذلك بالمثال:

زوْجٌ مفقودٌ وأختانِ لأبٍ وعمٌّ حاضِرُونَ [فإن كان حيّاً، فللأختين أربعةٌ من سبعةٍ، ولا شيء للعَمِّ، وإن كان ميتاً][^1] فلهما اثنانِ مِنْ ثلاثةٍ، والباقي للعمِّ، فيقدَّر من حقِّهم حياته.

أَخٌ لأبٍ مفقود، وأخٌ مِنَ الأبوَيْنِ، وجَدٌّ حاضرٌ: فإنْ كان حيّاً، حصَل للأخ من الأبوين الثلثانِ، وللجَدِّ الثلثُ، وإن كان ميّتاً، فالمال بينهما، بالسويَّةِ، فيقدَّر في حق الجدِّ حياتُه، وفي حقِّ الأخ موتُهُ، حتى لا يأخُذَ إلاَّ النصف أَخٌ من الأبوين مفقودٌ وأختانِ من الأبويْنِ، وزَوْجٌ حاضِرُونَ، إن كان حياً، فللزوج النِّصْفُ، له والباقي بينهم؛ فيحصل للأختينِ ربُعُ المال.

وإن كان ميِّتاً، حصَلَ للزَّوْج ثلاثةٌ من سبعة، وللأختَيْنِ أربعة من سبعةٍ، فيقدَّر في حقِّ الزوْجِ موْتُه؛ حتَّىٰ لا يأخذ إلاَّ ثلاثةً من سبعة، وفي حقِّ الأختَيْنِ حياتُهُ، حتى لا يصرف إليهما إلاَّ قدْرُ الربع.

ابنٌ مفقودٌ وبنْتٌ، وزوجٌ حاضران: للزوْجِ الربعُ بكلِّ حالٍ، فيسلَّم إليه. هذا ظاهرُ المَذْهَبِ في المسْألة، ووراءه وجْهان:

أحدهما: أنا نقدِّر موْتَهُ في حقِّ الكلِّ؛ لأنَّ استحقاقَ الحاضِرِينَ معْلومٌ، واستحقاقه مشكوكٌ فيه، فإنْ ظهر خلافُهُ، غَيَّرْنَا الحكم.

والثاني: أنَّا نقدِّر حياته في حق الكلِّ، لأنَّ الأصل بقاءُ حياتِهِ، فإنْ ظهر خلافُهُ، غيَّرنا الحكْمَ.

وقوله في الكتاب: «وأخذنا من حق كلِّ واحدٍ من الحاضِرِينَ بِأَضَرِّ الأحوال؛ فمن كان ينقص حقُّه بموته» إلى آخره كافٍ مُغْنٍ بين ذلك، والله أعْلَم.

قال الغَزَالِيُّ: **أَمَّا الإِشْكَالُ فِي النَّسَبِ فَهُوَ الَّذِي يَفْتَقِرُ إِلَىٰ عَرْضِهِ (ح) عَلَى القَائِفِ فَحُكْمُهُ حُكْمُ المَفْقُودِ.**

= حياً استحقت، وإن كان ميتاً لم تستحق فيقدر في الأولى موته، وفي الثانية حياته، فإن قيل ما مثال من ينقص حقه بتقدير موته. قلنا: مثاله بنتان وأبوان وزوجة وابن غائب، فإن قدرنا موته كانت المنبرية بعينها وإن قدرنا حياته كان للزوج الثمن وللأب السدس ولأم السدس، والباقي ﴿للذكر مثل حظ الأنثيين﴾ ولكن الأحوط هو الأول لأن به ينقص نصيب الأب والأم والزوجة.

[^1]: (١) سقط من: ز.

«القول في الشك في النسب»

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا أشكلَ نَسَبُ المولدِ بأنْ وطىءَ اثنانِ فَصَاعداً امرأةً بالشبهةِ، فأتَتْ بولَدٍ، يمكنُ أنْ يكون منْ هذا، ومِنْ هذا، أو تداعى اثنانِ فصاعداً مجْهُولاً، فسيأتِي في موضعه ـ إن شاء الله تعالى ـ أنَّه لا يُلْحَقُ بهما جميعاً، بل يعرض على القَائِفِ، فلو مات في زمان الإشكال، وقَفْنا ميراث الأب، وإنْ مات أحدُهُما، توقَّفْنا في مِيرَاثِ المولود منه، ونأخذ في نَصِيبِ كُلِّ مَنْ يرثُ معه، لو ثبت نسبَهُ بالأَسْوَإِ، كما مَرَّ في توريث المفقود.

ويجُوزُ إعْلامُ المسألةِ بالحاء؛ لأنَّ عند أبي حنيفةَ لا حُكْم للقائف، ولا إشكال في النَّسَب، بل يلحق بالاثنَيْن فصاعداً، ويرث كلُّ واحد منهما ميراثَ ابْنِ كاملٍ، ويرثان منه ميراثَ ابنٍ واحدٍ، لو مات قبلهما. فإنْ ماتَ أحَدُهما، ثم مات المولُودُ، ورِثَ الأخيرُ منه ميراثَ أبٍ كاملٍ، قال: ولو أقام اثنانِ البيِّنَة، كلُّ واحدٍ علَىٰ أنه ابنُهُ مِنِ امرأته، وكان ابناً للرجلَيْن والمرأتَيْن، والتوارُث بينه وبين المرأتَيْن كهُوَ بيْنَهُ وبين الرجلَيْن، والله أعلم.

قال الغَزَالِيُّ: **أَمَّا الإِشْكَالُ فِي الذُّكُورَة وَالوُجُودِ جَمِيعاً فَبِأَنْ يُخَلِّفَ المَيِّتُ زَوْجَةً حَبْلَىٰ فَنَأْخُذُ بِأَضَرِّ الأَحْوَالِ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الوَرَثَةِ، وَأَقْصَىٰ المُحْتَمَلِ (و) مِنْ حَيْثُ العَدَدُ أَنْ يُقَدَّرَ أَرْبَعَةُ أَوْلاَدٍ.**

«ميراث الحمل»

قَالَ الرَّافِعِيُّ: والمقصودُ بيانُ ميراثِ الحمْل؛ ونعني به كلَّ حمل، لو كان منفصلاً، لَوَرِثَ منه إمَّا مطلقاً أو عَلَىٰ تقْدِير.

وهذا الحمْلُ قد يكُونُ منَ الميِّت، ويرث لا محالَةَ، وقد يكُونُ مِنْ غيره، كما لو كانتْ أُمُّه حاملاً منْ غير أبيه أو مِنْ أبِيهِ، والأبُ ميِّت أو محجوبٌ برقٍّ وما في معناه، وكذا زَوْجَة ابنه أو أخيهِ أوِ جَدِّه، والحملُ من غيره قد لاَ يَرِثُ إلاَّ علَىٰ تقدير الذُّكُورة كَحَمْلِ امْرأةِ الأخِ والجَدِّ، وقد لا يرثُ إلاَّ علَىٰ تقدير الأنوثة؛ كما إذا مات عَنْ زوجٍ وأختٍ من الأبَوَيْنِ وحمل من الأب، وفيه فصلان:

الفَصْلُ الأَوَّلُ: فيما بعد الانفصال، وإنَّما يرث بشَرْطَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أن يعلم وجوده عند المَوْتِ، فإذا كان الحَمْل منه، وانْفَصَلَ لما بين موته وبَيْن أكثر مدة الحمل، ورث لثُبُوتِ نسبه، إن انفصلَ لِمَا بعْدَ ذلك، لم يَرِثْ، وإن

كان منْ غيره، نُظِرَ: إن لم يكنْ لها زوْجٌ يَطَؤُها[١]، فالحكْمُ كما لو كان الحَمْلُ منه، ولم يذْكُرُوا ههنا الوجْهَيْنِ فيما إذا أوصَىٰ لحملِ امرأةٍ، وانفصل الولَدُ لستَّةِ أشهرٍ فأكثر، وليسَتْ هي ذاتَ زوْجٍ أنه، هلْ يستحق؟ وسببه أنَّ النسبِ ثابت، والميراث يتبع النسب، والوصيَّة بخلافه، وإن كان لها زوْجٌ يَطَؤُهَا، فإنِ انفصَلَ قبْل تمامِ ستَّةِ أشهرٍ من وقت الموت، فقد عُلِمَ وجوده، حينئذ، وإن انفصَلَ لستةِ أشْهرٍ فأكثر، لم يرثْ؛ لاحتمال أنَّ العلوق حصَلَ بعْده، إلاَّ أن يعترف سائر الورثة بوجودِهِ عند الموت.

وإذا ماتَ حُرٌّ عن أبٍ رقيقٍ تحته حرَّةٌ حاملٌ، فإن ولدَتْ قبل ستة أشهرٍ مِنْ يوْمِ الموْتِ، ورث المولودُ من أخيه، والأب الرقيقُ لا يَحْجُبُ.

وإنْ ولدَتْ لستةِ أشْهر فصاعداً، لاحتمال حُدُوث العُلُوق بعْد الموت إلاَّ إذا تطابَقُوا علَىٰ وجوده يومَئِذٍ، وينبَغِي أنْ يمسك الأَبُ عن الوطءِ حتَّىٰ يظهر الحال.

قال الإمَامُ: ولا نقُولُ بتحْريمه.

والثاني: أن ينفصل حيّاً، فإنِ انفصَلَ ميتاً، فكأن لا حَمْلَ، سواءٌ كان يتحرَّك في البطْن أو لا يتحرَّك، وسواءٌ انفصَلَ ميتاً بِنَفْسِهِ[٢] أو بجناية جانٍ.

وإنْ كانَتِ الجنايةُ توجِبُ الغرَّة، وتصرف الغرة إلَىٰ ورثة الجنينِ، لأن إيجاب الغرة لا يتعيَّن له تقدير الحيَاةِ؛ ألا ترَىٰ إلَىٰ قولِ الأصحابِ أنَّ الغرَّةَ إنَّما وجبَتْ لدَفْعِ الجاني الحياةَ مع تَهَيُّؤِ الجنينِ لها، وبتقديرِ أنْ يكون وجُوب الغرة علَىٰ تقدير الحياة، فالحياة مقدرةٌ في حقِّ الجاني خاصَّةً، فتقدر في توريث الغرة خاصَّةً، وإنما تشترط الحياةُ عنْد تمامِ الانفصال.

فلو خرج بعْضُه حيّاً، ومات قبل تمام الانفصال، فهو كما لو خَرَج ميتاً، وكذا في سائر الأحكام، حتَّىٰ لو ضرب ضارِبٌ بطْنَها بعْد خروجِ بعْضِهِ، وانفصل ميتاً، فالواجبُ الغُرَّة دون الدِّيَة، هذا ظاهرُ المَذْهَب، وعن القَفَّال وغيره: أنَّه إذا خَرَج بعْضُه حياً، وَرِث؛ وإنْ كان عند الانفصالِ مَيْتاً، وبه قال أبو خَلَفٍ الطَّبَرِيُّ.

وعند أبي حنيفة أنه إذا خَرَج أكْثَرُه حَيّاً، ثم مات، وَرِث، ولو ماتَ عَقِيبَ انفصالِهِ حيّاً بحياةٍ مستقرَّةٍ، فنصيبُهُ لورثَتِهِ، وتعلم الحياةُ المستقرَّة بصراحة، وهو الاستهلاَلُ، وكذلك بالبكاءِ والعُطَاس والتَّثاؤُبِ وامتصاصِ الثَّدْيِ؛ لدلالتها علَى الحياةِ

---

(١) وصورته أن يموت حر عن أب رقيق تحته حرة حامل أو عن أب كافر أسلمت زوجته وهي حامل فالأب لا يحجب لقيام المانع فيه أو عن أم حامل من غير أبيه.

(٢) سقط من: ب.

دَلاَلَةَ الاستهلال وقال مالكٌ: الاعتبارُ بالأستهلاَلِ لا غَيْرُ.

وحكى الإمامُ اختلافَ قول في الحركَةِ والاختلاج، ثم قال: وليْسَ مَوْضع القولَيْنِ ما إذا اقبض اليد وبَسَطَها، فإنَّ هذه الحركةَ تَدُلُّ على الحياة قَطْعاً، ولا الاختلاج الذي يقع مثلُه؛ لانْضِغَاط وتقلُّص، عصب فيما أَظُنُّ[1]، وإنما الاختلاف فيما بيْن هاتَيْن الحركَتَيْنِ، والظاهرُ كيْف ما قُدِّرَ الخلافُ أنَّ ما لا تعلم به الحياةُ، [و] يمكن أن يكون مثلُهُ لانتشار، بسبب الخروجِ من المَضِيقِ، أو لاستواء عن التواء فلا عبرة به كما لا عبرة بحركة المذبوح.

ولو ذُبح رجُلٌ، وهو يتحرَّك، فمات أَبُوهُ في تلْك السَّاعة، لم يرثِ المذبُوحُ منه.

وفي «تجربة» الرُّويَانِيِّ وجه آخر ضعيفٌ، أنَّه يرث، وحكَى الحناطيُّ قريباً منه عن المُزَنِيِّ[2].

الفَصْلُ الثَّاني: فيما قبل الأنْفِصَالِ، ومهما ظهرت مخايلُ الحَمْل، فلا بُدَّ من التوقُّف ـ كما سنفصله ـ وإنْ لم تظهر مخايلُهُ، وادعت المرأةُ، ووصفت علاماتٍ خفيَّةً، ففيه تردُّد للإمام.

والظاهر الاعتمادُ علَىٰ قوْلِهَا[3]، وطرد التَّرَدُّد فيما إذا لم تدَّعه، لكنها قريبةُ العَهد بالوطء، واحتمالُ الحَمْلِ قريبٌ.

إذا عرف ذلك، فإن لم يكُنْ للميِّتِ وارِثٌ سوى الحَمْل المرتَقَبِ، وقفنا المَالَ إلى أن ينفَصِلَ. وإن كان له وارثٌ آخَرُ، فَعَنْ أبي حنيفةَ ومَالِكٍ، أنه يوقَفُ أيضاً، ولا يُصْرَفُ شيْءٌ منه في الحالِ إلَىٰ سائر الورثَةِ.

---

(١) وهذا الذي ظنه صرح به صاحب التقريب فقال: قد يعرف حياته بالحركة إلا أن تكون حركته نحو اختلاج اللحم فلا يجعل بذلك حياً. انتهى.

(٢) قال النووي في زياداته: هذا الوجه غلط ظاهر، فإن أصحابنا قالوا: من صار في حال النزع، فله حكم الميت، فكيف الظن بالمذبوح. والله أعلم.
قال الشيخ البلقيني: ما نقله النووي عن الأصحاب يخالفه أنه جزم في الجنايات بأن قاتله يقتل ولم يعطه حكم الميت، وفي كلام حكيناه عن القاضي الحسين في الجنايات أنه لا يقتل قاتله ولم يذكره.

(٣) عجيب منه في حكايته هذا الخلاف تردد، وهو قد حكاه في الجنايات وجهين مشهورين، والشافعي نص في الأم على المسألة وأنه يعتمد عليها، وقال العجلي في مقدمة له في الفرائض: فإن قيل: كيف ينتظر بمجرد قولها أربع سنين وربما تكون كاذبة، قلنا: إن ظهرت مخايل الحمل أو كانت موطوءة وطأ يحمل العلق فلا بد من الوقف للعلامة، وإن لم تظهر علامته فالأولى الوقف؛ لأنها أعرف بالعلامات، وهي مؤتمنة على ما في رحمها.

قال في «الإبانة» وبه قال بعض أصحابنا وحكاه الشيخ أبو خلف الطَّبَرِيُّ قولاً عن رواية الرَّبِيعِ.

والظاهر من مذْهَبِنَا ومذْهَبِ أبي حنيفة: أنَّه لا يوقَفُ الجميع، ولكنْ يُنْظَر في الظَّاهِرين من الورثة فيمن يحجبه الحمل، إذا انفصل حَيّاً؛ إما مطلقاً؛ كأولاد الأمّ، إذا كان الحَمْلُ من الميِّت أو على بَعْضِ التقديرات؛ كأولاد الأبِ والأمِّ لا يُدْفَعُ إلَيْه شيْءٌ، ومن لا يَحْجُبُهُ الحَمْل، وله مقدَّر لا ينقص منه، دُفِعَ إلَيْه، فإن أمكن العول دُفِعَ إلَيْه ذلك القَدْر عائلاً.

مثالُهُ: زوْجَةٌ حامِلٌ وأبوانِ، يُدْفَعُ إلى الزَّوْجة ثُمُنٌ عائل، وإلى الأبوَيْنِ سدُسَانِ عائلاَنِ؛ لاحتمالِ أنْ يكُونَ الحَمْلُ بنتَيْنِ، فإن لم يكُنْ له نصيبٌ مقدَّرٌ؛ كالأولاد، فهل يُصْرَفُ إليهم شَيْءٌ؟ يبنَىٰ علَىٰ أنَّه، هَلْ لِأَقْصَىٰ عددِ الحَمْلِ ضبْطٌ؟ والأصحابُ فيه مختلفُونَ؛ فعن شَيْخَي المَذْهَبِ أبِي حَامِدٍ والقَفَّال: أنه لا ضَبْطَ لذلك، وبه قال أصحابُنَا العراقيُّون والصَّيْدَلاَنِيُّ والقاضي حُسَيْنٌ؛ لأن الشافعيَّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ قال: أخبرني شيخ باليَمَنِ أنَّه وُلِدَ له خمْسَةُ أولادٍ في بَطْنٍ واحدٍ.

وعن ابن المِرْزُبَانِ أن امرأةً بالأنبار أَلْقَتْ كيساً، فيه اثْنَا عَشَرَ ولداً، وذكر صاحب «التهذيب» أن هذا أَصَحُّ.

وقال آخَرُونَ: أقصى الحمْل أربعةٌ، وهذا ما أوردَهُ صاحب الكتاب والقاضي ابن كَجٍّ، وجعله الفرضيون قياسَ قَوْل الشافعيِّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ وأَرَادُوا به أنَّ الشافِعِيَّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ يتبع في مثْل ذَلِكَ الوُجُودِ، وأكثر العدد الذي وُجِدَ أربعةٌ.

لكن هذا يشكل بما نقله الأَوَّلُون.

وروى عبْدُ الله بْنُ المبَارَكِ عن أبي حَنِيفَةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ مثْلَ الوَجْهِ الثاني.

فلو قلْنا بالأوَّل: فلو خلَّف ابْناً وأمَّ وَلَدٍ حاملاً، لم يُصْرَفْ إلى الابْنِ شيْءٌ، ولو خلَّف ابْناً وزوجةً حاملاً، فلها الثمُنُ، ولا يُدْفَعُ إلى الابْنِ شيْءٌ، وعلى الثاني له الخُمُسُ أو خُمُس الباقي على تقدير أنَّهم أربعةٌ ذكورٌ.

وعلى هذا؛ فهل يُمَكَّنُ الذين صرف إليهم حصَّتهم مِنَ التصرُّف فيها؟ عن القفَّال: أنهم لا يُمَكَّنُون منه؛ لأنَّه قد يَهْلِكُ الموقوف للحَمْل، فيحتاج إلى أسْتِزْدَادٍ، والحاكِمُ، وإن كان يَلي أمْرَ الأطْفَال، لكنه لا يَلِي أمْرَ الأجنَّة، فلا يمكن حمْل ما جَرَىٰ على القسمة.

والظاهرُ التمكن، ولَو مُنِعُوا من التصرُّف، لما دفع إليهم. ثم الموقوفُ للحَمْلِ على الوجْهِ الثَّاني، قدْ يكُونُ بتَقْدِير الذُّكُورة أكثر كما إذا خلَّف أبْناً وحَمْلاً.

وقد يكُونُ بتَقْدِيرِ الأنوثة أكْثَرَ كما لو خَلَّفت زوجاً وأُمّاً حامِلاً من أبيها، فإنْ كان الحَمْلُ ذَكَراً أو ذُكوراً، فإنما يحصل لهم سدس المال أو ثلثه، وإن كان اثنين فتعول المسألةُ، ويكون لهما أربعةٌ من ثمانيةٍ، فيقف أربعة من ثمانية، ويدفع إلى الأُمّ سهماً، وإلى الزوْج ثلاثةً، فنأخذ بأَضَرّ الاحتمالات في كلّ صورةٍ علَىٰ ما ذكَرَهُ في الكتاب.

وقوله: «وأقصى الحَمْل منْ حيثُ العدد» مُعْلَمٌ بالواو؛ لما بيناه، وبالألف؛ لأن عند أحمد ـ رحمه الله ـ الأقصى اثنان.

فرعان:

الأوّلُ: ماتَ الكافرُ عنِ امرأةٍ حاملٍ، ووقَفْنا الميراث للحمل، فأسلَمَتْ، ثم ولَدَتْ، ورِثَ الولدُ، وإن كان مَحْكوماً بإسْلاَمه، لأنه كان مَحْكُوماً بكُفْره يوْمَ المَوْتِ.

الثاني: ماتَ عَنِ ابنٍ وزوجةٍ حاملٍ، فولَدَتِ ابناً وبنتاً، فاستهلَّ أحدُهُمَا، ووُجِدا ميّتَيْنِ، ولم يدر المستهِلَّ أيُّهما، يعطي كلّ وارث أقلّ ما يصيبَه، ويوقَفُ الباقِي، حتَّى يصطلحوا أو تقوم بينة. وهذا الفَرْعُ ونظائرُهُ يُعْرَفُ بـ«مسائل الاستهلالِ» ولها حسَابٌ دقيق، نورده في فصول الحِسَابِ، إن شَاءَ الله تعالَىٰ.

قال الغَزَالِيُّ: **وَكَذَلِكَ لَوْ خَلَّفَ وَلَداً خُنثَىٰ فَنَأْخُذُ فِي حَقِّهِ وَحَقِّ البَاقِينَ (ح و) بِأَسْوَإِ الاحْتِمَالاَتِ أَخْذاً بِالمُسْتَيقَنِ وَتَوَقفاً فِي مَحَلِّ الشَّكِّ.**

«القول في ميراث الخنثى»

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الخُنثَىٰ: هُو الَّذِي لَهُ ذَكَرٌ وفَرْجٌ، أو لَيْسَ له واحدٌ منهما، وَلَه ثُقْبَةٌ يَبُولُ مِنها، وَقَدْ مَرَّ فِي «كِتَابِ الطَّهَارَةِ» الطُّرقُ الَّتي تُعرَفُ بِها ذُكورتُه وأُنوثَتُهُ.

وإِذَا ماتَ مدَّةِ الإشْكالِ مورِّثٌ لَهُ، فَيُنْظَرُ: إنْ لَمْ يَخْتَلِفْ ميراثُه بذكورَتِهِ وأُنوثَتِه؛ كأَولادِ الأمِّ، والمُعْتَقِ، وَرِثَ ولا إشْكالَ.

وإن اخْتَلَفَ؛ فيوخَذُ في حَقِّ الخُنثَىٰ، ومَنْ مَعَهُ مِنَ الوَرَثَةِ باليقينِ، وَيُوقَفُ المشكُوكُ فيه، فَإِنْ كَانَ يرِثُ علَىٰ أحدِ تَقْدِيرِي الذُّكُورَةِ، والأُنوثَةِ دونَ الآخَرِ، لم يُدْفَعْ إلَيْه شَيْءٌ، وَوَقَفَ ما يرثُه علَىٰ ذلك التَّقْدِيرِ، وكذَلِك فيمنْ يرِثُ مَعَهُ علَىٰ أحدِ التَّقْدِيرَيْن دونَ الآخَرِ، وإنْ كانَ يرِثُ علَى التَّقْديرَيْنِ، لكنَّه يرِثُ علَىٰ أَحدِ التَّقديرَيْنِ أقَلَّ، دُفِعَ إليه الأقلُّ، ووُقِفَ البَاقي، وكذلك في حقِّ من يرث معه علَىٰ التقديرَيْنِ، ويختلف قَدْرُ ما يأخُذُهُ، وإن كان مَنْ مَعَه، يرث على التقديرَيْنِ، ولا يختلفُ ما يأخُذُهُ، دفع إليه حَقُّه.

وقال أبو حنيفةَ: يُؤْخَذُ في حقِّ الخُنثى باليَقينِ، ولكنْ لا يُوقَفُ البَاقِي، بل يُعْرَفُ إلَىٰ سائرِ الورثةِ، لأنَّ سَبَبَ استحقاقِهِمْ ثابتٌ، فَلاَ يُحجَبُون بإشكالِ حالِ الخُنثَىٰ، وبِهِ

قالَ بعضُ أصحابِنا، فيما رَوَاهُ الأستاذُ أبو منصورٍ[١]، ورَأَيتُ ابنَ اللَّبَّانِ نَسَبَه إِلَىٰ تخريج ابنِ سُرَيْجٍ، وحكَىٰ وجهَيْنِ في أنَّه، هَلْ يُؤْخَذُ من سائرِ الوَرَثَةِ ضمينٌ. وعنْ مالكٍ، وبعضِ أصحابِهِ: أنَّه يُؤْخَذُ بذكُورَةِ الخُنثَىٰ.

وقالَ أحمدُ: له نِصفُ نَصيبِ الذَّكَرِ، ونصْفُ نَصيبِ الأُنْثَىٰ.

لَنَا: أنَّه أَشْكَلَ أمره فَيُوقَفُ ما تَردد فيه، كالمفقودِ، ويجوزُ أنْ يُعْلَمَ؛ لِمَا ذكرْتُ قولُه: «[فَنَأْخُذُ] فِي حَقِّه» بالميمِ والألِفِ، وقولُه: «في حقِّ الحاضرين» بالحاءِ والواوِ.

وكانَ ينبغِي أنْ يقول بدلَ «الحاضرين» الواضحين، أو الباقين، وهُوَ المرادُ، فكأنَّ اللِّسَانَ، أو القَلَمَ سَبَقَ إِلَىٰ ذكْرِ الحاضِرِينَ؛ لِمَا مرَّ في المفقود.

[أمثلة توضح مسائل الخنثى]

ولا بُدَّ من إيضَاحِ الفَضْلِ بالأمْثِلَةِ:

بِنْتَانِ وولدُ ابْنٍ خُنْثَىٰ وَأَخٌ للبنْتَيْنِ الثُّلُثَانِ، ويُوقَفُ البَاقِي.

وَلَدٌ خُنثَىٰ، وأخٌ أو عَمٌّ: للخُنثَى النصفُ، ويُوقَفُ البَاقِي، ولا يُدْفَعُ إلى الأخِ والعمِّ شيْءٌ.

ولدُ خنثَىٰ وابْنٌ: يُدْفَعُ إلى الخُنثَىٰ الثلثُ، وإلى الابْنِ النِّصْفُ، ويُوقَفُ الباقِي بينهما.

وَلَدٌ خُنثَىٰ وابنانِ: يُدْفَعُ إلى الخُنثَى الخُمُسُ، والابنان الثُّلثانِ[٢].

ولدٌ خنثى وبنتٌ وعمٌّ: يدفعُ إلى الوَلَدَيْنِ الثُّلُثَانِ بالسويَّة ويُوقَفُ الباقِي بين الخُنثَىٰ والْعَمِّ.

---

(١) ما حكاه وجهاً روي قولاً، فذكر ابن سراقة في كتاب، الكشف عن أُصول الفرائض أن بعض أصحابنا حكى للشافعي أربعة أقوال في ميراث الخنثى.
أحدها: أنه أُنثى بكل حال على ما قاله في الديات.
والثاني: ما رواه الربيع في كتاب النكاح أنه يرجع إلى قوله أي إذا كان بالغاً عاقلاً.
والثالث: أنه يدفع إليه أقل النصيبين ويدفع الباقي إلى الورثة ويؤخذ منهم ضمين قياساً على قوله في كتاب الدعوى أنه إذا أقام بينة أنه أخو الميت ووارثه دفع إليه المال بعد الاستكشاف وأخذ ضمين.
والرابع: أنه يدفع إلى كل ولده أقل ما يمحضه نصيبه وتوقف الباقي. قال: والأصح أن المسألة في ذلك على قول واحد وهو أنه يوقف الباقي كذلك. [رواه عنه الربيع والمزني وأبو ثور وغيرهم]. انتهى.

(٢) سقط من: د.

زَوْجٌ، وَأَبٌ، وولدٌ وخُنثَىٰ: للزَّوْجِ الرُّبُعُ، وللأَبِ السُّدُسُ، وللخُنثَىٰ النِّصْفُ، ويُوقَفُ الباقِي بيْن الأَبِ والخُنثَىٰ.

زوجٌ، وأمٌّ، وولدُ أَبٍ خُنثَىٰ: للزَّوْجِ النصفُ عائِلاً؛ لأنَّ علَىٰ تَقْديرِ الأُنُوثَةِ تَعولُ المسألةُ إلى ثَمَانيةٍ، فللأم الثلثُ عَائِلاً، ويُدْفَعُ إلى الخُنثَىٰ السُّدُسُ التَّامُّ مِنَ المَالِ.

وإذَا اجتمعَ وَلَدَانِ خُنثَيَانِ، فَلَهُمَا الثُّلثَانِ، ويُوقَفُ البَاقِي.

ثلاثةُ أولادٍ خَنَاثَىٰ وعمٌّ: لِكُلِّ واحدٍ مِنهم خُمُسُ المالِ، لاحتمالِ أنَّه أُنثَىٰ، والآخرانِ ذَكَرَانِ ويُوقَفُ البَاقِي إلَىٰ تَمامِ الثُّلُثَيْنِ بَيْنَهم، وباقي المالِ بينَهُمْ وبَيْنَ العَمِّ.

أبْنُ وخُنثَيَانِ: يُدْفَعُ إلى الابْنِ الثُّلُثُ، وإلَىٰ كلِّ واحدٍ مِنهُمَا الخمسُ، فتكونُ القِسْمَةُ من خمسةَ عَشَرَ، ويُوقَفُ سَهْمٌ ونصفٌ بينَ الخُنثَيَيْنِ، والبَاقِي بَيْنَهُمَا وبَيْنَ الأبْنِ.

ولدٌ خُنثَىٰ وولدُ ابنٍ خُنثَىٰ وعمٌّ: للولدِ النصْفُ، وَيُوقفُ السُّدُسُ بَينَهما والبَاقي بَيْنهما وبَيْنَ العمِّ.

بنتٌ وبنتُ ابنٍ، وولدُ ابْنٍ خُنثَىٰ وعمٌّ: للبنتِ النِّصْفُ ولوَلَدَي الابنِ السدسُ بالسَّويَّةِ والبَاقِي بينهما وبيْنَ العمِّ.

ثلاثةُ أولادِ [ابنٍ] خناثى بعضُهم أسفلُ مِن بعضٍ، وعمٌّ:

للأَعْلَى النِّصْفُ، ويُوقَفُ السدسُ بينَه وبَيْنَ الأَوْسَطِ، والبَاقِي بينَ الكلِّ.

ثمَّ أَتَى الإِمَامُ [رحمه اللَّهُ] من ميراثِ الخُنثى بمباحَثَاتٍ مُفِيدَةٍ:

إحداها: أنَّ المالَ الموقوفَ، إلَىٰ متَىٰ يُوقَفُ؟ فإنْ لَم يكنْ له غايةٌ، أفْضَىٰ إلى تَعْطِيلِه، وإبطالِ فائدتِه وأجابَ بأنَّه لا بدَّ من التوقُّفِ؛ ما دَامَ الخُنثَىٰ باقياً، والبيانُ مُتَوقَّعاً، فإذَا ماتَ، فعنِ الأُستاذِ أبِي منصورٍ: أنَّ أبَا ثَوْرٍ حَكَىٰ عنِ الشَّافِعيِّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ قولاً أنَّه لا يُوقَفُ بعدَ ذَلك، بلْ يُرَدُّ إلى وَرَثَةِ الميِّتِ الأول، وشبهه بوجه ذُكِرَ فيما إذا أسلمَ الكافِرُ على أكثرَ من أربعِ نِسوةٍ، وماتَ قبلَ الاختيار: أنَّ الرُّبعَ أَوِ الثُّمُنَ يُقَسَّمُ بينَ جميعِهن، ولا يُوقَفُ، والمشهُورُ في الصورَتَيْنِ خلافُه.

الثَّانيةُ: لو اصطلحَ الذين وُقِفَ المالُ بينهم على تساوٍ، أو تَفَاوتٍ[١] جازَ قال الإمامُ: ولا بدَّ أن يجريَ بينهم تواهبٌ، وإلاَّ، بقيَ المالُ على صُورَةِ التَّوقُّفِ، وهذَا التَّواهبُ لا يكونُ إلاَّ عنْ جهالةٍ، لكنَّها تَحْتَمَلُ للضَّرُورَةِ.

(١) وليس المعنى من الصلح إلا أن كلاً منهم وهب من الآخر، فينبغي أن يكتفي بمجرد الصلح إذا قصد به الهبة ولا يحتاج إلى التصريح بها.

ولو أخرجَ بعضُهم نفسه من البَيِّنِ، وَوَهبَه لهم عَلَى جهلٍ بالحالِ[١] جازَ أيضاً.

الثالثةُ: لو قالَ الخُنثى في أثناءِ الأمْرِ: أنَا رجلٌ أو امرأةٌ، فالَّذي ذكرَه الإمامُ: أنَّه يُقْضَى بقولِه، ولا نَظَر إلى التُّهْمَةِ؛ فإنَّه لا اطلاعَ على الحال إلاَّ مِن جِهَتِه وهَذَا ما حكاه أبو الفَرَجِ السَّرْخَسِيُّ عن نِصِّهِ ها هُنَا قال:

وَنصٌّ فِيما إذا جُنِيَ عليهِ، واخْتَلَفَ الجَانِي والخُنثى من ذكورَتِه، أنَّ القولَ قولُ الجانِي، فَمِنْهُمْ مَن نَقَل وخَرَّجَ، ومنهم من فَرق؛ بأنا عَرَفْنَا هُنَاك أصلاً ثابتاً، وهُوَ بِراءَةُ ذمَّة الجَانِي، فلا نَرفَعُهُ بِقَولِه، وهَا هُنَا بِخِلافِه، وإذَا قَبِلْنَا قوله؟ حلَّفْنَاهُ عَلَيه[٢].

هذا شرحُ ما ذُكِرَ فِي موانِعِ الإرْثِ، وَدَوَافِعِه، ومما عُدَّ منها، أنْ يلزمَ من التوريثِ نَفْيُه، فيصيرَ الدَّوْرُ مانعاً.

مثالُه: بإقرارُ الأخُ بأبْنٍ لأَخِيهِ الميِّتِ ثَبَتَ نَسَبَه ولا يرثُ، والمسألةُ بِما فِيها مِنَ الخلافِ، قَدْ مَرَّتْ في «بابِ الإقرارِ».

ولَوْ أوْصَىٰ بعبده لأبِي العَبْدِ، فماتَ الأَبُ قبلَ القَبولِ وقَبلها أخوه؛ يُعْتَقُ العبدُ ولا يرِثُ، وهِيَ مذكورةٌ في «كتابِ الوصيَّةِ» ومرةً أُخْرَىٰ في أواخِرِ النِّكاحِ.

ولو اشْتَرَى المريضُ أباهُ، عَتَقَ، ولم يرِثْ[٣]، وَهِيَ مَذكورةٌ في النِّكاح أيضاً.

ولو ادَّعى مدَّعٍ نَسَباً على وَرَثَةِ ميِّتٍ، فأنكرُوا ونَكَلُوا عن اليمينِ حَلَفَ وَورِثَ معَهُمْ، إنْ لَمْ يَحْجُبْهم، وإنْ حَجَبَهُم، فَوَجْهَانِ، حَكَاهُمَا الأُستاذُ أبو منصورٍ:

أصحُّهُما: أنَّه لا يرِثُ، وإلاَّ، بَطَلَ نُكولُهم ويمينُه، وبِهَذا، أجابَ الاستاذُ أبو إسْحَاقَ الإسْفَرَايينيُّ.

ولو ملَكَ أخَاه ثمَّ أقرَّ في مرضِ موتِه، أنَّه كانَ قَدْ أعتَقَه في الصِّحَةِ، قال في «التَّهذيبِ»: كانَ العتق نافذاً وهلْ يرثه؟

---

(١) سقط من: ب.

(٢) قال في الخادم: قضيته أن الراجح القبول، وقد صححه النووي في آخر باب الحصانة من زوائده ونقله في الروضة في باب الأحداث عن الأصحاب كما لو أخبر خنثى ببلوغه للإمكان فإنه يقبل لكن حكيا الخلاف في باب الجنايات في باب ما يشترط فيه مساواة القتيل للقاتل في الكلام على ما إذا قطع ذكره وادعى أنه ذكر بالميل وطلب دية الذكر وجهين واقتضى كلامهما تصحيح عدم القبول للتهمة. وصرح بتصحيحه في الشرح الصغير هناك وكذا صحح النووي في باب الأحداث من التحقيق وشرح المهذب.

(٣) هذه المسألة ذكرها الشيخ في باب الوصية وأمعن في النظر ثم قال: متى حكمنا بعتقه من الثلث لا يرثه لأنه وصية ولا سبيل إلى الجمع بينها وبين الإرث. هكذا أطلقوه وكأنه تفريع على بطلان الوصية لوراث. فإن قلنا نقف على إجازة الوارث لم يمتنع الجمع بينها وبين الإرث فيحتمل توقف الأمر على الإجارة ويحتمل خلافه.

إنْ صحَحّنَا الإقرَارَ للوارثِ، وَرِثَه، وإلاَّ لم يرثه؟ لأنَّ تَوريثَه يوجبُ إبطالَ الإقرارِ بحرِّيتِه، وإذا بطَلَتِ الحريَّةُ؟ بطَلَ الإرثُ، فأثبتْنَا الحريَّةَ، وأسقطْنَا الإرثَ، ذكرَه في الإقرارِ.

«فَصْلٌ»

ثمَّ إنَّ صاحبَ الكتابِ، اشتغلَ بعدَ في الفصْلِ المعقودِ في الحسابِ، ولمْ يأتِ فيه بما يُقْنِعُ، بلْ أحالَ مُعظمَ ما فيهِ على «الوسيطِ»، وأهْمَلَ أيضاً أبْوَاباً يُعْتَنَىٰ بِهَا من الفَرَائِضِ مِنها:

بابٌ فِي تَوريثِ المُطَلَّقاتِ، وبابٌ في الردِّ، وبابٌ في ذَوِي الأَرْحَام، وبابٌ في المسائلِ المَلَقَّبَاتِ، وبابٌ في مسائلِ المعاياة، وبابٌ في النَّسَبِ، ونحنُ لَا نَطِيبُ قَلْباً بإخلاءِ هَذَا الشَّرْحِ عَنْها، لكنْ نؤخِّرُ توريثَ المطلَّقاتِ إلى كتابِ الطَّلاقِ، فإنَّ طرقاً منه مذكور في الكتابِ هناك وَنَتَكلَّمُ أولاً في الردِّ وذَوِي الأَرحَام، ليتمَّ القولُ في الفتاوَى والأحكام، ثمَّ نشرع في الحسابِ فنشرح ما في الكتابِ، ونَضُمُّ إليه ما يقعُ الاكتِفاءُ به، ثمَّ نَخْتُم بفصولٍ في المُلقَّباتِ والمعاياةِ والنَّسَبِ وبالله التوفيق الكلامُ في الردِّ وذَوِي الأرحامِ أصل المذهبِ فيهمَا، وما اختارَه الأصحابُ ـ رحمهم اللَّهُ ـ لضرورة فسادِ بيتِ المالِ قد ذكرنَاهما في أول الكتَابِ.

وإذا قُلنا بالردِّ، فحظُّ الفَتْوَى منه، أنه إنْ لمْ يكنْ مِمَّن يُرَدُّ إليه من ذوِي الفروضِ إلاَّ صنفٌ واحدٌ، فإن كان شخصاً واحداً، دُفِعَ إليهِ الفرضُ، والبَاقي بالردِّ وإن كانوا جماعةً، فالبَاقي بينَهُم بالسَّويَّة فإنِ اجتمعَ صِنْفانِ أو ثلاثةٌ، فالفاضلُ منَ الفروضِ يردُّ عليهم بقدرِ سِهَامِهِم.

وأمَّا الحسابُ والتصحيحُ عند الردِّ، فيأْتِيَ من فُصولِ الحسابِ.

«القول في ميراث ذوي الأرحام»

وأمَّا توريثُ ذوي الأرحامِ، فالذاهِبُونَ منَّا إليهِ، اخْتَلَفُوا في كَيْفِيَّتِهِ، فأخذَ بعضُهم بمذهب أهلِ التَّنزيلِ[1].

---

(١) الرحم في الأصل منبت الولد ووعاؤه ثم سميت القرابة الواصلة من جهة الولاء رحماً لأنها مسببة عنه.
وشرعاً كل قريب ليس بذي سهم ولا عصبة.
واعترض بالمحجوب بالوصف الذي ليس من ذوي الأرحام فإنه يصدق عليه أنه قريب ليس بذي سهم ولا عصبة.
وأجيب بأنه في الحقيقة ذو سهم أو عصبة في نفسه وإن كان عدم استحقاق المال فرضاً وتعصيباً لمانع. =

. . . .

= ومن السهل معرفة ذوي الأرحام بعد ما عرفت أصحاب الفروض والعصبات فكل من خرج عنهما ممن يستحق المال فهو من ذوي الأرحام.

وقد اختلف الصحابة والتابعون والفقهاء في توريثهم إذا كان بيت المال موجوداً ومنتظماً:

فذهب الشافعي إلى أنه لا ميراث لهم وقال إن بيت المال أولى منهم وهو قول زيد بن ثابت وإحدى الروايتين عن عمر وعليه مالك وأكثر أهل المدينة والأوزاعي وأكثر أهل الشام.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: إن ذوي الأرحام أولى بالميراث من بيت المال وهو قول علي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود وإحدى الروايتين عن عمر.

ومن التابعين عمر بن عبد العزيز والحسن البصري وشريح والشعبي وطاوس.

ومن الفقهاء أهل العراق وأحمد بن حنبل وإسحق بن راهويه. استدل الأولون بوجوه:

الأول: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: ـ

«إن الله تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث» فأشار ﷺ إلى ما في القرآن من المواريث وليس فيه لذوي الأرحام شيء: ولو كان لهم حق لبينه. وما كان ربك نسيًّا فمن جعل لهم حقاً فقد زاد على النص. والزيادة على النص لا تثبت بخبر الواحد أو القياس:

الثاني: ما رواه عطاء بن يسار: «أتى رجل من أهل البادية فقال يا رسول الله ـ إن رجلاً هلك وترك عمة وخالة. فقال اللهم رجل ترك عمة وخالة ـ ثم سكت هنيهة ـ ثم قال لا أرى نزل على شيء لا شيء لهما».

وروى زيد بن أسلم عن علي أن النبي ﷺ ركب إلى قباء يستخير الله تعالى في العمة والخالة فنزل عليه أن لا ميراث لهما.

وأيضاً ـ روى عمران بن سليمان ـ أن رجلاً مات فأتت بنت أخته النبي ﷺ في الميراث. فقال:

«لا شيء لك ـ اللهم من منعت ممنوع، اللهم من منعت ممنوع».

الثالث: أن مشاركة الأنثى لأخيها أثبت في الميراث من انفرادها. ألا ترى أن بنات الابن يسقطن مع البنتين وإن شاركهن ذكر ورثن وصرن له عصبة. فلما كان بنات الأخوة والأعمام يسقطن مع أخواتهن كان أولى أن يسقطن بانفرادهن.

واستدل الآخرون على مذهبهم بما يأتي:

«١» قوله تعالى: **﴿وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله﴾** فلا يجوز منعهم من الميراث وقد جعلهم الله أولى به.

وأجيب عن هذا:

«١» أن المقصود بالآية نسخ التوارث بالحلف والهجرة ولم يرد بها أعيان من تستحق الميراث.

«٢» أن قوله: **﴿بعضهم أولى ببعض﴾** دليل على أن ما سوى ذلك البعض ليس بأولى لأن التبعيض يمنع الاستيعاب.

«٣» أنه تعالى قال: **﴿في كتاب الله﴾** وكان ذلك مقصوراً على ما فيه وليس لهم فيه ذكر فدل على أن ليس لهم في الميراث حق.

«٤» أن قوله تعالى: **﴿أولى﴾** محمول على ما سوى الميراث من الحضانة وما جرى مجراها إذ ليس في الآية ذكر ما هم به أولى.

«ب» ما رواه طاوس عن عائشة ورواه غيره عن عمر رضي الله عنهم عن النبي ﷺ أنه قال: ـ =

. . . .

= «الله ورسوله مولى من لا مولى له والخال وارث من لا وارث له».
وما رواه المقداد بن معديكرب عن النبي ﷺ أنه قال: ـ
«الخال وارث من لا وارث له».
والجواب عنه: ـ
«١» أن هذا الكلام موضوع في لسان العرب للسلب والنفي لا للإثبات وتقديره أن الخال ليس بوارث كما تقول العرب الجوع طعام من لا طعام له. والدنيا دار من لا دار له. والصبر حيلة من لا حيلة له يعني أنه ليس طعام ولا دار ولا حيلة.
«٢» أنه جعل الميراث للخال الذي يعقل ولا يعقل إلا إذا كان عصبة ونحن نقول بإرث الخال إذا كان عصبة ـ والنزاع في خال ليس بعصبة.
«حـ» روي أنه توفي ثابت بن الدحداح ولم يدع وارثاً فرفع إلى النبي ﷺ. فسأل عنه عاصم بن عدي. «هل ترك من أحد؟ فقال ما نعلم يا رسول الله ترك أحداً ـ فدفع رسول الله ﷺ ماله إلى ابن أخته».
وروي عن النبي ﷺ أنه قال:
«العم والد إذا لم يكن دونه أب والخالة والدة إذا لم تكن دونها أم».
وردّ هذا: ـ
بأن النبي عليه الصلاة والسلام إنما أعطى ابن أخت أبي الدحداح لمصلحة رآها لا ميراثاً. لأنه لما قيل لا وارث له. دفعه إليه على أنه يجوز أن تكون عصبة خاصة قد يخفى سببها فلا يصح ادعاء العموم فيها:
ونظيره ما رواه عمرو بن دينار عن عوسجة عن ابن عباس، أن رجلاً مات ولم يدع وارثاً إلا غلاماً له كان أعتقه فقال رسول الله ﷺ:
هل له أحد؟ قالوا لا إلا غلاماً له كان أعتقه «فقال الرسول الله ﷺ: هل له أحد؟ قالوا لا إلا غلاماً» فجعل ﷺ ميراثه له. ومعلوم أنه لا يستحق ميراثاً لكن فعل ذلك لمصلحة رآها.
ونظيره أيضاً ـ ما رواه عبد الله بن بريدة عن أبيه قال: مات رجل من خزاعة فأتى النبي ﷺ بميراثه.
فقال: «التمسوا له وارثاً أو ذات رحم» فلم يجدوا له وارثاً ولا ذات رحم فقال ﷺ: «أعطوه الكل من خزاعة» فميز ﷺ بين الوارث والرحم فدل على أنه غير وارث ثم أمر بدفع ميراثه إلى الكل من قومه لأنه رأى المصلحة في إعطائهم.
أما الجواب عن حديث «العم والد. . . الخ».
فهو محمول على ما سوى الميراث من الحضانة وإلا فليست الخالة كالأم عند عدمها في الميراث. إذا كان هناك وارث.
«د» ولأن كل من أدلى بوارث كان وارثاً كالعصبات.
وأجيب عنه: ـ
بالنقص بنت المولى في الولاء فإنها لا ترث مع ادلائها بعاصب وارث.
«هـ» قالوا ولأن ذوي الأرحام شاركوا المسلمين في الإسلام وفضلوهم بالرحم فوجب أن يكونوا أولى منهم بالميراث كالمعتق لما شارك المسلمين في الإسلام وفضل عنهم بالعتق صار أولى منهم =

وهَذَا الَّذي أوردَه القاضِي ابنُ كجٍّ، وصاحبُ «المهذب» والإمامُ - رحمهم اللَّهُ - ورجَّحوا هذا المذهبَ، بأنَّ القائلين بِه ممن يُوَرِّثُ ذَوِي الأرحامِ في الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - ومَنْ بَعْدَهُمْ أكثرُ.

= بالميراث. وكالأخ الشقيق لما شارك الأخ للأب وفضله بالأم كان أولى بالإرث: -

والجواب:

النقص بنت المولى - لأنها قد فضلتهم بكونها بنت عاصب مع التساوي في الإسلام ثم لا تقدم عليهم.

على أن المسلمين قد فضلوهم بالتعصيب لأنهم يعقلون فكانوا أولى بالميراث.

«و» قال تعالى:

﴿للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون﴾ . . . الآية فقالوا إن العمات والخالات وأولاد البنات والأخوال من الأقربين فوجب دخولهم فيها.

غاية ما في الباب أن قدر ذلك غير مذكور في هذه الآية - لكنا نثبت استحقاقهم لأصل النصيب بها - وأما المقدار فمستفاد من سائر الدلائل.

وأجيب عن هذا بما يأتي: -

«١» قال تعالى في آخر الآية: ﴿نصيباً مفروضاً﴾ أي مقدراً وبالإجماع ليس لذوي الأرحام نصيب مقدر فثبت أنهم غير داخلين في هذه الآية.

«٢» إن هذه الآية خاصة بالأقربين. فليتم قلتم أن ذوي الأرحام من الأقربين مع أنه لا يصح ذلك؟ لأنه إما أن يكون المراد من الأقربين من كان أقرب من شيء آخر أو من كان أقرب من جميع الأشياء والأول باطل لأنه يقتضي دخول أكثر الخلق فيه فإن كل إنسان له نسب مع غيره إما بوجه قريب أو بوجه بعيد وأقله الانتساب إلى آدم عليه السلام. ولا بد أن يكون هو أقرب إليه من ولده إليه فيلزم دخول كل الخلق في هذا النص وهو باطل. ولما بطل هذا الاحتمال وجب حمل النص على الاحتمال الثاني وما ذاك إلا الوالدان والأولاد. فثبت أن هذا النص لا يدخل فيه ذوو الأرحام ولا يقال لو حمل الأقربون على هذا المعنى فيعم الوالدين للزم التكرار لأنا نقول - الأقرب جنس يندرج تحته نوعان - الوالد والولد - فذكر سبحانه النوع ثم ذكر الجنس فلم يلزم التكرار.

«٣» إن أصل الفرض الحزُ والقطع. ثم إن أصحاب أبي حنيفة خصصوا لفظ الفرض بما عرف وجوبه بدليل قاطع واسم الوجوب بما عرف وجوبه بدليل ظني. فقالوا لأن الفرض عبارة عن الحز والقطع وأما الوجوب فهو عبارة عن السقوط يقال وجبت الشمس إذا سقطت.

ولا شك أن تأثير الحز والقطع أقوى وأكمل من تأثير السقوط فلهذا السبب خُصَّ لفظ الفرض عندهم بما عرف وجوبه بدليل قاطع - ولفظ الوجوب بما عرف وجوبه بدليل مظنون.

وهذا يقضي عليهم بأن الآية لم تتناول ذوي الأرحام لأن توريثهم ليس من باب ما عرف بدليل قاطع بالإجماع. فلم يكن توريثهم فرضاً والآية إنما تناولت التوريث المفروض. فلزم القطع بأن الآية ما تناولت ذوي الأرحام.

هذا والحق أن الوجوب في اللغة هو الثبوت وأما مصدر الواجب بمعنى الساقط والمضطرب إنما هو الوجبة والوجيب. وإن كان استعمال الفرض فيما ثبت بقطعي والواجب فيما ثبت بظني شائع مستفيض كقولهم الوتر فرض والصلاة واجبة. ينظر الميراث للشيخ وهبة إبراهيم.

ومنهم مَنْ أخَذَ بمذهب أهل القَرَابةِ، وبه قالَ أبو حنيفةَ، وهذا ما أوردَه صاحبُ «التَّهذيب» وأبو سعَد المُتَوَلّي، وإنَّما سُمِّيَ الأولونَ أهْلَ التنزيلِ، لأنَّهم نَزَّلُوا كلَّ فرعٍ مَنْزِلةَ أصلِهِ.

وسُمِّيَ الآخرون أهلُ القرابةِ؛ لأنَّهم يُورِّثُونَ الأقربَ فالأقربَ، كالعَصَبَاتِ[1].

والمذهبانِ متَّفِقَانِ على أنَّ مَنِ انفردَ مِن ذَوِي الأرحامِ، يجوزُ جميعُ المالِ، وإنَّما يظهرُ الاختلافُ عندَ اجتماعِهِم، ولا بُدَّ مِنْ ذكرِ المذهَبَيْنِ على اختصارٍ، لاختلافِ اخْتِيَارِ الأصحَابِ، والوجهُ [بناؤهما] من كلِّ صِنْفٍ منهم عندَ الانفراد، ثُمَّ فيما إذَا اجتمعَ منهُمْ صنفانِ فصَاعِداً.

أمَّا البيانُ الأوَّلُ مِنَ الأَصْنَافِ: أولادُ البناتِ وبناتُ ٱلابْنِ.

أمَّا أهلُ التَّنزيلِ، فَيُنَزِّلُونَهم منزلةَ البناتِ وبناتِ الابنِ، ويُقَدِّمُون منهم من سبَقَ إلى الوارِثِ، فإنِ استوَوْا في السَّبْقِ إلى الوارِثِ، قُدِّرَ كأنَّ المَيِّتَ خَلَّفَ مَنْ يَدْلُونَ بِهِ مِنَ الوَرَثَةِ، وَاحِداً كانَ أو جَمَاعةً، ثمَّ يُجْعَلُ نصيبُ كلِّ واحدٍ منهم للمُدْلِينَ بهِ علَىٰ حَسَبِ ميرَاثِهِم، لو كانَ هُوَ الميتَ.

وقالَ أهلُ القَرَابَةِ: إنِ اخْتلفتْ درجاتُهُم فالأقْرَبُ إلى الميِّتِ أوْلَىٰ ذَكَراً كانَ أوْ أُنْثَىٰ، فَتُقَدَّمُ بنتُ البنتِ علَى بنتِ بنتِ البنْتِ، وعلى ابْنِ بنتِ البنتِ، وإن لَمْ تَخْتَلِفْ، فإنْ كَانَ فيهِم مَنْ يُدلِي بوارِثٍ، فَهُو أَوْلَى، فَتُقَدَّمُ بنتُ بنتِ الابْنِ على بِنْتِ بِنْتِ البِنْتِ؛ لأنَّها تُدْلِي بِوارِثَة هَذٰا إذَا أَدْلَىٰ بنفسه بالوارث.

أمَّا إذَا أدْلَى بواسطةٍ، كبِنْتِ بنتِ بنت الابْنِ، مع بِنْتِ بنْتِ بنت البنتِ.

فلأصحاب أَبِي حنيفَة، فيهِ اختلافٌ، والصحيحُ عندَهُم، أنَّه لاَ تَرْجِيحَ.

وقضيةُ مَا أورَدَه أصحابُنَا، الترجيحُ كَما لَوْ أدْلَىٰ بِنَفْسِهِ، وإنْ استوَوْا فِي الإدْلاَءِ، وَرِثُوا جَمِيعاً، وكَيفَ يَرِثُونَ؟ قالَ أبو يوسفَ: والنَّظَرُ إلى أبْدَانِهِم دُونَ مَنْ يتوسطُ بينهم مِنَ الآباءِ والأمَّهاتِ؛ فإنْ كَانُوا ذُكُوراً، أو إِنَاثاً، سُوِّيَ بينهم، فإنِ اخْتلفوا فللذَّكرِ مثلُ حظِّ الأُنْثَيَيْنِ.

وقالَ محمد: يُنْظَرُ من المتوسِّطِينَ بينَهُم، وبينَ الميِّت، مِن ذَوِي الأرحام، فإنِ اتَّفقُوا، ذكورَةً وأُنوثَةً، فالجَوابُ كذلِكَ، وإنِ اخْتَلَفُوا فإمَّا أنْ يكونَ الاختلافُ في بطْنٍ واحدٍ أو أَكْثَرَ.

---

(١) قال النووي: الأصح الأقيس: مذهب أهل التنزيل، وللقائلين بتوريث ذوي الأرحام مذاهب غير هذين، لكن الذي اختاره أصحابنا منها هذان.

إنْ كانَ في بَطْنٍ واحدٍ، قَسَّمْنَا المالَ بينَ أعلى بطون الاختلافِ وجَعَلْنَا كلَّ ذَكَرٍ بعدِد أولادِه الذين يُقَسَّمُ ميراثُهم ذُكوراً، وكُلُّ أُنْثَى بِعَدَدِ أولادِها الَّذِينَ يُقَسَّمُ ميراثُهم إناثاً، ويقسَّمُ المالُ بينَ الذُّكُورِ والإناث الحاصِلينَ مِنْ هَذَا التَّقْدِيرِ، ﴿لِلذَّكَرِ مثلُ حظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾.

ثُمَّ ما أصاب كل واحدٍ مِنَ الصِّنْفَيْنِ، يُقَسَّمُ عَلَىٰ أولادِه؛ ﴿لِلذَّكَرِ مثلُ حظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾.

وإنْ كانَ الاختلافُ في أكثرَ من بطنٍ واحدٍ، قَسَّمْنَا المالَ بَينَ أعلَى بطونِ الاختلافِ، كما ذَكَرْنَا، فَمَا أصابَ كلَّ واحدٍ مِنَ الصِّنفين، قُسِّمَ عَلَىٰ أولاده الَّذين فيهِمْ الاختلافُ، على النَّحْوِ المذكورِ في البَطْنِ الأَوَّلِ.

وهَكَذا يُفْعَلُ حتَى تنتهيَ القِسْمَةُ إلى الأحياءِ.

قالَ الناقِلُونَ: كلُّ واحدٍ مِن أبي يوسفَ ومحمدٍ، يدَّعِي أنَّ قولَه قولُ أبِي حنيفَة، والأكثرونَ صدَّقوا محمداً، إلاَّ أنَّ مُتأخِّري أصحابِهم، يُفْتُونَ بقولِ أبِي يوسُفَ. وكذلِك ذَكَر صاحِبُ «التهذيبِ» و«التَّتِمَّةِ»، إنَّه أظهرَ الرِّوايتَيْنِ، والقولان متفقان على تفضيلِ الذَّكَرِ على الأُنْثَى؛ عَنْدَ القِسْمَةِ عليهِمْ، وفي «التَّتِمَّة» وجهٌ آخرُ؛ أنَّهُ يَسَوِّىٰ بينَ الذَّكر والأُنْثَىٰ، وهو اختيارُ الأُستاذ أبِي إِسحاقَ الإِسْفَرَايينيِّ، احتجاجاً بأنَّ الأصلَ في التَّوريثِ بالرَّحِمِ أولادُ الأمِّ، ولا فرقَ بينَ ذكورِهِم وإِناثِهِم.

ولْنَضْرِبْ أمثلةً تُوَضِّحُ الغَرضَ:

«فرع في أمثلة توضح الفرض»

بنتُ بنتٍ، وبنتُ بنتِ ابنٍ: المُنَزِّلُونَ يجعلُون المالَ بينَهما أرْبَاعاً بالفَرض والردِّ، كما يكونُ بينَ البنتِ وبنتِ الابنِ.

وأهلُ القَرابةِ يجعلونَ الكلَّ لبنْت البنْتِ؛ لقُربِها.

بنتُ ابنِ بنتٍ، وبنتُ بنتِ ابنٍ؛ المالُ للثانيةِ بالاتِّفاقِ، أمَّا على التَّنزيلِ؛ فلأنَّ السَّبقَ إلى الوارثِ هُوَ المعتبرُ.

وأمَّا على المذهبِ الثَّاني فلأنه المُعْتَبَر عند استواءُ الدَّرَجَةِ.

بنتُ بنتٍ، وابن وبنت من بنتٍ أُخرَىٰ:

المنزِّلون يجعلونَ المالَ بينَ بِنْتَي الصُّلْبِ؛ تَقْدِيراً بالفُرْضِ والردِّ، ثم يقولونَ: نصف البنتِ الأُولىٰ لِبِنْتِها، ونصف الأُخرَىٰ لولديها أثلاثاً.

وأهلُ القَرَابةِ يجعلونَ المالَ بينَ ثَلاثَتِهم ﴿لِلذَّكَرِ مثلُ حظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾، ومحمدٌ لا

يخالفُ في هٰذِه الصورةِ، إنَّما يخالفُ فِيما إذَا اختلفت الأُصولُ الذين هُمْ من ذَوِي الأَرْحَامِ.

ابنُ بنتٍ، وبنتُ بنتٍ أُخْرَىٰ وثلاثُ بناتِ بِنْتٍ أُخْرَىٰ: المنزِّلُونَ يَقُولُونَ: للابْنِ الثُّلُثُ، وللبِنْتِ المُفرَدَة كَذَلِكَ، وللثَّلاثِ الثُّلُثُ أثلَاثاً.

وأَهْلُ القَرابةِ يَجْعَلُونَ المَالَ بينهم ﴿للذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾.

بنتُ بِنْتِ بنتٍ، وبنْتُ ابْنِ بنتٍ:

عندَ المنزِّلِينَ وأَبِي يُوسُفَ: المَالُ بَيْنَهُمَا بِالسَّوِيَّةِ.

وعند محمَّدٍ: ثُلثُ المالِ للأُولَىٰ، وثُلُثَاه للثَّانيةِ، أنَّه يُقَسِّمُ بين بنتِ البنتِ وابنِ البنتِ كذلِكَ، فَتُجْعَلُ حِصَّةُ كُلِّ واحدٍ لبنتِه.

بنتا بنْتٍ، وثلاثُ بناتِ ابْنِ بِنْتٍ أُخْرَىٰ:

عَنْدَ المنزِّلِينَ: النصفُ للبِنْتَيْنِ بِالسَّوِيَّةِ، والنِّصْفُ للثَّلاثِ أثْلَاثاً.

وعندَ أَبي يُوسُفَ: المالُ بيْنَ الخَمْسِ بِالسَّوِيَّةِ.

وعنْدَ محمَّدٍ: يُقَسِّمُ المالُ بيْنَ الذَّكَرِ والأُنْثَىٰ المُتَوَسِّطَيْنِ، ويُقَدِّرُ الذَّكَرُ ثلاثة ذكورٍ بعَدَدِ فُرُوعِهِ، والأُنْثَىٰ اثْنَتَيْنِ بعَدَدِ فروعها، فيكون علَىٰ ثَمَانيةٍ حصص الذَّكرُ ستَّةٌ، وهي لبناتِه بالسَّوِيَّة، وحِصَّةُ الأُنْثَىٰ سهمانِ، هُمَا لبنتيها.

بِنْتُ بِنْتِ بنْتٍ وبنتُ بنتُ ابنِ بنتٍ وابنُ ابْنِ ابْنِ بنتٍ: عند أبي يوسُف: المالُ بينهم على أربعةٍ، وقالَ محمدٌ ـ رحمه الله ـ: يُقَسِّم المالُ أولاً بَيْنَ أعلَى بَطْنٍي، الاختلاف، وفيه ابنانِ وبنتٌ، وكُلُّ واحدٍ منهم يُعَدُّ واحداً: لأنَّ الفُروعَ آحادٌ، فيكونُ المالَ بَيْنَهُمْ على خمسةٍ: حصَّةُ البنتِ سهمٌ، هُوَ لبنتِ بنتِها، وحصَّةُ الذَّكَرَيْنِ أربعة أسهم، يُقَسَّمُ عَلَىٰ ولدَيْهِمَا للاختلافِ، وَهُمَا: ابنٌ وبنتٌ علَىٰ ثَلاثَةٍ وأربعةٍ، لا تنقسم عَلَىٰ ثلاثةٍ، فتضربُ ثلاثةً في خمسةٍ، تكونُ خمسةَ عَشَرَ، كان للبنتِ، في القسمَةِ الأُولى سَهْمَاً، فَلَهَا الآنَ ثلاثةٌ، وكَانَ لِكُلِّ واحدٍ مِنَ الأبْنَيْنِ سَهْمَانِ، فيكونُ الآنَ سِتَّةٌ، يُجْمَعُ بيْنَهُمَا؟ فيكونُ أَثْنَيْ عشر يقسم بينَ ولدَيْهِمَا، ﴿للذَّكَرِ مثْلُ حظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾.

فإذنْ لبنتِ بنته البنتِ ثلاثةٌ مِن خمسةَ عشرَ، وللأخرَىٰ أربعةٌ من خمسةَ عَشَرَ، وللابنِ الثمانيَةُ الباقيةُ.

ومن الأصنافِ: بناتُ الإخوةِ، وبنو الإخوةِ للأمِّ وأولاد الأخَوَاتِ:

فالمنزِّلُون يُنَزِّلُونَ كلَّ واحدٍ منهم منزلةَ أبِيهِ أو أمِّهِ، ويرفعونَهم عندَ التسفل بطناً بَطْناً، فمَنْ سَبَقَ إلَىٰ وارثٍ، قدَّمُوه، فإنَ اسْتَوَوْا في الانتهاء إلى الوارث، قُسِّمَ المَالُ

بَيْنَ الأُصُولِ، فما أَصَابَ كُلَّ واحدٍ منْهم قُسِّمَ بَيْنَ فُرُوعِهِ.

وقال أهلُ القرابةِ: إنِ اختلفُوا فِي الدَّرَجَةِ، قُدِّم منهمُ الأقربُ إلى الميِّتِ مِنْ أيِّ جهةٍ كانَ حتَّى تُقَدَّمُ بنتُ الأُختِ للأبِ أو الأمِّ على بنتِ[1] ابْنِ الأخِ منَ الأبِ علَىٰ بنْتِ ابنِ الأُختِ من الأَبَوَيْنِ، وإن لم يختلفوا في الدَّرَجَةِ، فالأقربُ إلى الوارثِ أَوْلَىٰ من أيِّ جهة كان، حتى تتقدَّم بنت [ابن] الأخِ من الأبِ علَىٰ بنْتِ ابنِ الأختِ من الأبَوَيْنِ.

فإنِ استَوَوْا فيه أيضاً، فعند أبِي حنيفَة وأبِي يُوسُفَ: يُقدَّمُ من كانَ من الأبوَيْنِ، ثُمَّ مَنْ كَانَ مِنَ الأَبِ، ثُمَّ منَ كان من الأُمِّ؛ رعايةً لقوَّةِ القرابةِ، ولا يُنْظَرُ إلى الأُصولِ.

ومَنْ يسقطُ منهم عنْدَ الاجتماعِ ومَن لا يَسْقُطُ.

وعند محمدٍ: يُقدَّمُ من كَانَ مِنَ الأَبَوَيْنِ علَىٰ مَنْ كَانَ مِنَ الأبِ، ولا يُقَدَّمُ منْ كانَ من جهةِ الأُمِّ؛ اعتباراً بالأُصولِ، ثُمَّ أولادُ الإِخْوَةِ والأَخَوَاتِ من الأُمِّ، يُسَوَّىٰ بينهم في القِسْمَةِ عنْدَ الجُمْهُورِ منَ المنزلين وأَهْلِ القَرَابَةِ.

قال الإِمَامُ: وقياسُ قوْلِ المُنَزِّلِينَ تفضيلُ الذَّكَرِ علَى الأُنْثَىٰ؛ لأنَّهم يُقَدِّرون أولادَ الوارثِ، كأنَّهم يرثونَ مِنه، وأمَّا أولادُهم من الأَبَوَيْنِ ومن الأَبِ فيُفَضَّلُ ذكورُهم علَىٰ إِنَاثِهِمْ عندَ المنزِّلِينَ. وعِنْدَ أبِي حنيفةَ روايتانِ:

أظهرُهما، وبه قالَ أبو يوسُفَ: أنَّ الجوابَ كَذَلِك.

والثَّانِيَةُ: وبِها قالَ محمدٌ: أنَّه يُقَسَّمُ المالُ بَيْنَ الأُصُولِ أَوَّلاً ويُؤْخذُ عَدَدُهُمْ من الفُرُوعِ، فما يصيب كلَّ واحدٍ منْهُم، يُجْعَلُ لفروعِهِ كما ذَكَرْنَا في أَوْلاَدِ البَنَاتِ.
الأَمثلةُ:

بنتُ أُختٍ، وابْنَا أُختٍ أُخرَىٰ، وهما من الأَبَوَيْنِ أَوْ مِنَ الأَبِ: عندَ المنزِّلِينَ: نِصْفُ المالِ للبِنْتِ والنِّصْفُ الآخَرُ لِلابْنَيْنِ، وأَهْلُ القَرَابَةِ قَالُوا: المَالُ بينهُم علَىٰ خَمْسَةٍ: ثلاثُ بَنَاتِ إِخْوَةٍ متفرقين.

قال المنزِّلُونَ ومحمَّدٌ: السُّدُسُ لبنْتِ الأخِ من الأُمِّ، والبَاقِي لبنتِ الأخ من الأبوَيْنِ؛ اعتِبَاراً بالآباءِ. وقالَ أبو حنيفةَ وأَبو يُوسُفَ: الكُلُّ لبنْتِ الأخِ مِنَ الأَبَوَيْنِ.
ثلاثةُ بني أخواتٍ مُتَفَرِّقَات:

قال المنزِّلون ومحمَّدٌ: المالُ بَيْنهم علَىٰ خَمْسَةٍ كما يكُونُ بيْن أُمَّهَاتِهم بالفرضِ والرَّدِّ.

---

(١) سقط من ب، د.

وقالَ أبو حنيفةَ وأَبُو يوسُفَ: الكلُّ لابْنِ الأُختِ مِنَ الأَبَوَيْنِ، ولو كانَ بدَلَهُمْ ثلاثُ بنات أخوات متفرقات كان جوابَ الفريقَيْنِ كَذَلِكَ.

ولو اجتمعَ البنونَ الثَّلاثةُ والبناتُ الثلاثُ:

قال المنزِّلونَ: المالُ بينَ أُمَّهَاتِهِمْ علَىٰ خمسةٍ بالفَرْضِ والرَّدِّ: نصيبُ الأُخْتِ مِنَ الأَبَوَيْنِ لوِلدَيها أثلاثاً، ونصيبُ الأخت من الأَبِ كذلِك، ونصيبُ الثَّالِثَةِ لولديها بالسَّوِيَّةِ.

وقالَ أبو حنيفةَ وأبُو يُوسُفُ: الكلُّ لولَدَيَ الأُخْتِ مِنَ الأَبَوَيْنِ. وقال محمَّدٌ: يُجْعَلُ كأَنَّ في المَسْأَلةِ ستُّ أَخَوَاتٍ؛ اعتباراً بعدَدِ الفُرُوعِ، فيكونُ للأُخْتِ مِنَ الأمِّ الثُّلُثُ، بِتَقْدِيرِها أُخْتَيْنِ، وللأختِ مِنَ الأَبَوَيْنِ الثُّلُثَانِ؛ بتقْدِيرَها أُخْتَيْنِ، فَحِصَّةُ كلِّ واحدةٍ لِولَدَيْهَا، هٰذِهِ بالتَّفْضِيلِ، وتِلْكَ بالسَّوِيَّةِ.

قالَ الإمامُ ـ رحمه اللَّهُ تَعَالَىٰ ـ قَدْ نَظَرَ محمَّدٌ ـ رحمه اللَّهُ تَعَالَىٰ ـ ههنا إلى الأُصُولِ الوارِثِينَ، وَفِي [أولادِ] البَنَاتِ، لَمْ يَنْظُرْ إلى الوَارِثِينَ، وإنَّمَا نَظَر إِلَىٰ بُطُونِ الاخْتِلافِ مِنْ ذَوِي الأَرْحَامِ كمَا تَقَدَّمَ.

ابنُ أُخْتٍ مِنَ الأَبَوَيْنِ وَبِنْتُ أَخٍ كَذَلِك:

عند المنزِّلِينَ ومحمَّدٍ؛ الثُّلثانِ لبنْتِ الأخِ، والثُّلُثِ لابْنِ الأُخْتِ. وقَالَ [أبُو حنيفَة] وأبُو يوسُف ومحمد بالعَكْسِ.

ومِنَ الأَصْنافِ: الأَجْدَادُ الفَاسِدُونَ، والجدَّاتُ الفَاسِدَات: المنزِّلُونَ يُنَزِّلُونَ كلَّ واحدٍ منهمْ مَنْزِلَةَ وَلَدِهِ بَطْناً بَطْناً، ويُقَدِّمُون مِنْهُم مَنِ انْتَهَىٰ إلى الوارِثِ أوَّلاً، فإنِ استويا فِي الانْتِهَاءِ قُسِّمَ المالُ بينَ الوَرَثَةِ الَّذِينَ انْتَهَوْا إِلَيْهِم وقُسِّمت حِصَّةُ كلِّ وارثٍ بينَ المُدْلِينَ بِهِ.

وقالَ أهلُ القَرَابَةِ: إنِ اخْتَلَفَتْ دَرجَاتُهم، فالمالُ للأَقْرَبِ مِنْ أيِّ جهةٍ كانَ حتَّى يتقدَّمَ أَبُ الأمِّ علَىٰ أبِي أمِّ الأَبِ، وأمُّ أبِي الأمِّ علَىٰ أبِي أبِي أبِي الأمِّ، وإنْ تَسَاوَوْا في الدَّرَجَةِ، فلا يُقَدَّمُ ههنا بالسَّبْقِ إلى الوَارِثِ على المَشْهُورِ مِنْ مَذْهَبِ أبِي حنيفةَ ومِنْ أصْحَابِهِ مَنْ قَدَّمَ بِهِ، فإنْ لَمْ يُقَدَّمْ بِهِ أو قُدِّمَ، واسْتَوَوْا في السَّبْقِ إلى الوَارِثِ نُظِرَ: إنْ كانَ الكلُّ مِن جهةِ أبِي الميِّتِ، فروايةُ أبِي سُلَيمانَ الجَوْزَجَانِيِّ ـ وَهُوَ الأظْهَرُ ـ أنَّه يُجْعَلُ ثُلُثَا المالِ لِمَنْ هُوَ مِنْ جهةِ أبِ الأَبِ، وثُلُثُه لِمَنْ هُوَ من جهةِ أمِّ الأَبِ.

وَعلى روايةِ عِيسَى بْنِ أَبَانَ: المالُ كلُّه لمن هُوَ مِنْ جهةِ أبيه، ويَسقُطُ مَن هُوَ مِنْ جِهةِ الأُمِّ، وإنْ كانَ الكلُّ مِن جهةِ أمِّ الميِّت، اطَّردتِ الروايتانِ في أنَّه يَسقُطُ مَن هُوَ من قِبَلِ أمها، أو يُجْعَلُ المالُ بينَ من [هوَ مِن قِبَلِ أبيها]، ومَنْ هُوَ مِنْ قِبَلِ أمِّها أثلاثاً؟ وإن

كانَ بعضُهم من جهةِ أبي الميِّتِ، وبعضُهم من جهةِ أمِّهِ، قُسِّم المالُ بينَ الجِهَتينِ أثلاثاً، وجُعِلَ كُلُّ قِسْم كأنَّه كلُّ التَّرِكَةِ، وأَهْلُ كُلِّ جهةٍ كأنَّهم كُلُّ الورثةِ، فتجيء فيهِ الروايتَانِ، ثُمَّ قِسْمَةُ الثُّلُثَيْنِ علَىٰ مَنْ في جِهَةِ الأَبِ، ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾، وقسمةُ الثُّلثِ علَىٰ مَنْ في جهةِ الأمِّ كمثل كذَٰلِكَ أوردَه في «التَّهذيب».

الأَمْثِلَةُ: أُمُّ أَبي الأُمِّ، وأَبُو أَمِّ الأمِّ:

عندَ المنزِّلِينَ: المالُ لأبي أمِّ أم الأم؛ لأنَّه أَسْبَقُ إلى الوَارِثِ، وعلَى رِوايةِ الجَوْزَجَانِيِّ: الثُّلثانِ لأُمِّ أَبِي الأُمِّ والثُّلُثُ لأبِي أُمِّ الأمِّ.

وعلَى روايةِ عِيسَى: الكلُّ لأمِّ أبِي الأمِّ. أبُ أمِّ أبٍ، وأبُو أبِي أمٍّ:

عندَ المُنزِّلِينَ: المالُ للأوَّلِ، وعلى روايةِ عِيسَى: للثَّانِي. وعلَى رِوايةِ الجوزجانِيِّ: الثُّلُثَانِ للثَّانِي، والثُّلثِ للأوَّلِ. أبُ أبِي أمٍّ، وأبي أمِّ أبٍ:

قالَ المنزِّلون: المالُ للثَّانِي، وكذلِكَ الجوابُ عندَ مَنْ رجَّحَ بالسَّبْقِ إلى الوارِثِ مِن أهلِ القَرَابَةِ، وأمَّا علَى الظَّاهِرِ عِندَهُمْ، فالثُّلثانِ للثَّانِي، والثُّلُثُ للأوَّلِ.

أبُ أمِّ الأمِّ، وأبُ أمِّ الأَبِ:

عِنْدَ المنزِّلين: المالُ بينَهُمَا نصفان، كَمَا يَكونُ بَيْنَ أمِّ الأمِّ، وأمِّ الأَبِ فَرْضاً وردّاً. وعندَ أهلِ القَرَابَةِ: الثُّلثُ للأوَّلِ، والثُّلُثَانِ للثَّاني. أبُ أبِي الأمِّ، وأُمُّ أبِي الأُمِّ، وأبُ أُمِّ الأمِّ: عند المنزِّلين: المالُ للثَّالِثِ. وعلى رواية عِيسَىٰ: للأوَّلين.

وعلَىٰ رِوايةِ الجَوْزَجَانِيِّ: الثُّلُثَانِ بين الأوَّلينِ ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾، والثُّلُثُ للثَّالِثِ.

أبو أبِي أمِّ أب، وأُمُّ أبِي أمِّ الأَبِ، وأبو أبِي أَبِي الأمِّ، وأمُّ أبِي أَبِي الأمِّ.

قالَ المنزِّلُونَ: المالُ للأوَّلَيْنِ.

وقالَ أهلُ القَرَابَةِ: الأوَّلاَنِ من جهةِ الأَبِ، والآخَرانِ مِن جهةِ الأمِّ، فَيُجْعَلُ المالُ أثلاثاً بَيْنَ الجِهَتَيْنِ.

ثُمَّ علَىٰ روايةِ الجَوْزَجَانِيِّ: الثُّلُثَانِ بين الأوَّلَيْنِ أثلاثاً، والثُّلُثُ بَيْنَ الآخرين.

وعلَىٰ روايةِ عِيسَىٰ: الثُّلُثَانِ للأوَّلِ مِنَ الأوَّلَيْنِ، لِأَنَّهُ أبو أبِي أُمِّ الأَبِ، والثَّانِي أُمُّه والثُّلثُ للأوَّلِ مِنْ الأَخِيرَيْنِ؛ لأنه أبو أبِ أبِ الأمِّ، والثَّانِي أمُّه[1].

ومِنَ الأَصْنَافِ؛ الخالاَتُ والأَخْوَالُ والعمَّاتُ والأعمامُ من الأمِّ.

---

(١) سقط من د.

نزّلَ المنزِّلونَ الأَخْوَالَ والخالاتِ منزلةَ الأُمِّ، وقَسَّمُوا المالَ بينهم إِذَا انْفَرَدُوا علَىٰ حَسَبِ ما يأْخُذُونَ مِنْ تَرِكَةِ الأُمِّ، لو كانَتْ هِيَ الميّتَةَ.

واختلفُوا في العمَّاتِ والعمِّ للأمِّ، منهُمْ مَن نزَّلَهُمْ مِنزلةَ الأبِ، وهُوَ الأظْهَرُ، ومِنهم مَنْ نزَّلَهُمْ منزلةَ العمِّ؛ لمُوافَقَةِ الاسْمَيْنِ، وهؤلاءِ اختلفُوا: فَقِيل: العمَّاتُ مِنَ الجهاتِ منزَّلاتٌ منزلةَ العمِّ مِنَ الأبوَيْن.

وقيلَ: كُلُّ عمَّةٍ تَنَزَّلُ منزلَةَ العمِّ الَّذي هُوَ أخُوها، ثُمَّ مَنْ جَعَلَ العمَّاتِ بمنزلةِ الأَبِ، أَوْ بمنزلَةِ العمِّ مِنَ الأبَوَيْنِ علَى افْتِرَاقِهم، قالَ: إِذَا انفرَدْنَ، قُسِّمَ المالُ بينَهُنَّ علَىٰ حَسَبِ اسْتِحْقَاقِهِنَّ، لو كانَ الأَبُ هُوَ الميِّتَ.

ومنْ نزَّلَهُنَّ منزلةَ الأَعْمَامِ المتفرِقِين قَدَّمَ العمَّةِ مِنَ الأبوَيْنِ، ثمَّ العمَّةَ مِنَ الأَبِ، ثُمَّ العمَّةَ منَ الأُمِّ، وإِذَا اجتمعَتِ العمَّاتُ والخَالاَتُ والأَخْوَالُ؛ فالثُّلُثَانِ للعمَّاتِ والثُّلُثُ للأَخْوَالِ والخَالاَتِ، ويُعْتَبَرُ فِي كُلِّ واحدٍ مِنَ النَّصِيبَيْنِ ما اُعْتُبِرَ في جَمِيعِ المَالِ، لو انفردَ أَحَدُ الصِّنْفَيْنِ.

وأمَّا أهلُ القرابةِ، فإنَّهُم قَالُوا: إذا انفردَتِ الخَالاَتُ، فإنْ كُنَّ مِنْ جِهَةٍ واحدةٍ، قُسِّمَ المالُ بَيْنَهُن بالسَّوِيَّةِ، وإنْ اخْتَلَفَتِ الجهةُ، فالخالةُ مِنَ الأبوَيْنِ مُقَدَّمَةٌ ثمَّ الحالةُ منَ الأَبِ، والأَخْوَالُ المُنفَرِدُونَ كالخَالاَتِ.

وإذا اُجْتَمَعَ الأَخْوَالُ والخالاتُ: فإنْ كَانُوا من جِهَةٍ واحدةٍ، قُسِّمَ المَالُ بينهم ﴿لِلذَّكَرِ مثلُ حظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾، وإنْ كَانُوا من جِهَة الأُمِّ، وإن اخْتَلَفَتِ الجهاتُ، فمَنْ اُختصَّ بقَرابةِ الأبوَيْن أَوْلَىٰ، ثمَّ مَنِ اُخْتَصَّ بقرابةِ الأبِ.

العمَّاتُ المنفرداتُ كالخَالاَتِ.

وإذا اجتمعَ الأعمامُ مِن الأب[1] والعمَّاتُ من الأمِّ، فالمالُ بَيْنَهُنَّ ﴿للذَّكَرِ مثلُ حظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾.

وإذَا اجتمعتِ العمَّاتُ والخالاتُ، فللعماتِ الثُّلثانِ، وللخالاتِ الثُّلُثُ، سواءٌ اتفقتْ جِهةُ العمَّاتِ والخالاتِ، أو اخْتَلَفَتْ علَى المَشْهُورِ عندهم وعنْ أَبِي يُوسُفَ ـ رحمه الله ـ أنه إن اُختلفَتِ الجهةُ، فالمالُ لِأَقْوَى الصِّنْفَيْنِ جهةً، ثمَّ إذا قُسِّمَ المَالُ أثلاَثاً اُعْتُبِرَ فِي كلِّ واحدٍ مِنَ النصيبَيْنِ ما يُعْتَبَرُ من جميعِ المالِ عند انفرادِ الصِّنْفِ المصْرُوفِ إليهم.

الأَمْثِلَةُ:

(١) سقط من د.

ثلاثُ خالاتٍ متفرقات:

عندَ المنزِّلين: المالُ بينهم علَى خمسةٍ؛ كمَا لَوْ وَرِثْنَ مِنَ الأُمِّ. وعَنْدَ أهلِ القَرابَةِ: هُوَ للخالةِ منَ الأبَوَيْنِ، وبمثله أجَابُوا فِي ثلاثةِ أخوالٍ مُتَفَرِّقين.

والمنزِّلون قالوا: للخالِ منَ الأمِّ السُّدُسُ، والبَاقِي للخَالِ منَ الأَبَوَيْنِ [﴿للذكر مثلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْن﴾].

ولو اجتمع الأخوال متفرقين.

[فالمنزِّلون قالوا: للخَالِ منَ الأمِّ السُّدسُ، والبَاقِي للخالِ منَ الأَبَوَيْنِ][1].

ولو اجتمعَ الأخْوَالُ المفترِقُون والخالاتُ والمُتَفرِقَاتُ:

قالَ أهلُ القَرَابَةِ: المالُ كلُّه للخالِ والخالةِ مِنَ الأَبَوَيْنِ، [﴿للذَّكَرِ مثلُ حظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾][2].

وقال المنزِّلُونَ: ثُلُثَا المالِ لهُمَا كذَلِك، وثُلُثُ المالِ للخَالِ والخَالةِ منَ الأمِّ كذَلِكَ. قال الإمَامُ: وتفضِيلُ الخالِ منَ الأمِّ علَى الخالةِ منَ الأمِّ مُشْكِلٌ مخالِفٌ للتَّسْوِيَةِ بَيْنَ الذُّكُورِ والإِنَاثِ مِنْ أولادِ الأخِ للأم.

ثلاثةُ أخوالٍ متفرقينَ، وثلاثُ عمَّاتٍ متفرقات عندَ المنزِّلِينَ: ثُلثُ المَالِ بينَ الخَالِ منَ الأبوَيْنِ والخالِ منَ الأمِّ علَىٰ ستَّةٍ، واحدٌ للثَّانِي، والبَاقِي للأوَّلِ، وقِسْمَةُ الثُّلُثَيْنِ تخرُجُ على الخلافِ في تَنْزِيلِ العَمَّاتِ.

إنْ جُعِلْنَ كالأعْمَامِ، فالثُّلثانِ للعمَّةِ مِنَ الأبوَيْنِ، وإنْ نُزِّلْنَ منزلةَ الأَبِ، فالثُّلثانِ بَيْنَهُنَّ علَىٰ خَمسةٍ، كما يَرِثْنَ منَ الأَبِ، وقالَ أهلُ القرابةِ: الثُّلُثَانِ للعمَّةِ من الأَبَوَيْنِ، والثُّلثُ للخَالِ من الأَبَوَيْنِ.

«فَرْعَان»

الأولُ:

أحدُهُما: أولادُ الأخْوالِ والخالاتِ والأعمَامِ والعمَّاتِ من الأُمِّ. عندَ المنزِّلِينَ: بمنزلة آبائِهم وأُمَّهاتِهِمْ عندَ الانفِرَادِ والاجتماعِ، ومَن تَسَفَّلَ منهُمْ، رُفِعَ بطْناً بطْناً، فإنْ سَبَقَ بعضُهُم إلَىٰ وارِثٍ، قُدِّمَ، وإنِ اسْتَوَوْا فيه، قُسِّمَ المالُ بينَ الَّذين يُدْلِي بِهِم هٰؤلاَءِ؛ علَىٰ حَسَبِ استحقاقِهِمْ من المَيِّتِ، فما أصابَ كلَّ واحدٍ مِنْهُمْ يُقَسَّمُ بينَ المُدْلِينَ به علَىٰ حَسَبِ استِحْقَاقِهِم مِنْهُ كما لو كانَ هُوَ الميِّتَ. وقَالَ أهلُ القَرَابَةِ: الأقربُ يُسْقِطُ

---

(١) سقط من: د.

(٢) سقط من: ب.

الأَبْعَدَ بكلِّ حالٍ، فإنِ أستوَوْا في الدَّرَجَةِ، نُظِرَ: إنِ أنْفَرَدَ أولادُ الأخْوالِ والخَالاتِ:

فإمَّا أنْ تَخْتلفَ الجهةُ، فَيُقَدَّمَ الَّذِينَ هُمْ مِنَ الأَبَوَيْنِ، ثُمَّ الَّذِينَ هُم مِنَ الأَبِ، ثُمَّ يأْخُذُ الَّذِينَ هُمْ مِنَ الأمِّ وإما لم يختلفَ، فَيرِثُون جميعاً.

ثُمَّ النَّظَر عندَ أبي يوسُفَ إلَى أبْدَانِهِم، وعندَ محمدٍ إلَى وقوعِ الاخْتِلاَفِ في آبَائِهِم وأجدَادِهِمْ، علَى مَا سَبَقَ من أولادِ الأَخَوَاتِ وبناتِ الإِخْوَةِ، وأولادُ العمَّاتِ عندَ الانْفِرَادِ كأولادِ الخَالاَتِ والأَخْوَالِ.

وإنِ اجتمَعَ الصِّنْفَانِ؛ فَثُلثَا المالِ لِأَوْلاَدِ العَمَّاتِ، وثُلُثُه لِأَوْلاَدِ الأَخْوَالِ والخَالاتِ، علَىٰ ما ذكرْنَا في آبَائِهِم، ويُعْتَبَرُ في كلِّ واحدٍ مِنَ النَّصِيبَيْنِ ما يُعْتَبَرُ في جَميعِ المَالِ.

وإذَا اجتمعَ مَعَ هَؤلاَءِ بناتُ الأعْمَامِ منَ الأَبَوَيْنِ أو مِنَ الأَبِ ولَمْ تختلفِ الدَّرَجَةُ فبناتُ الأعْمَامِ أَوْلَىٰ لِسَبْقِهِنَّ إلى الوارثِ.

الثَّاني: أخوَالُ الأمِّ وخَالاَتُها:

عندَ المنزِّلينَ: بمثابةِ الجَدَّةِ أُمِّ الأُمِّ، وأَعْمَامُهَا وعمَّاتُهَا بمثابةِ الجدِّ أبي الأمِّ، وأخوالُ الأَب وخَالاَتُهُ بِمَثَابَةِ الجَدَّةِ أمِّ الأَبِ، وعمَّاتُهُ عندَ مَن نَزَّلَ عمَّةَ الميِّتِ مَنْزِلَةَ أبيه بمنزلة الجدِّ أبِي الأَبِ.

وعندَ مَن نزَّلَ عمَّةَ الميِّتِ منزلةَ عَمِّهِ، بمَثَابَةِ عَمِّ الأَبِ، فَيُقَسَّمُ المَالُ بَيْنَهُمْ، ومَا أَصَابَ كُلَّ واحدٍ مِنْهُمْ يُجْعَلُ للمُدْلِينَ بِهِ علَى حَسَبِ ما يَسْتَحِقُّونَهُ، لو كانَ هُوَ المَيِّتَ.

وعلَى هَذَا القِيَاسِ، يَجْعَلُونَ كُلَّ خالٍ وخَالَةٍ منزِلَة الجدَّةِ، الَّتِي هِيَ أخْتُهُمَا، وكلَّ عَمٍّ وعمَّةٍ بمنزلةِ الجِدِّ الَّذي هُوَ أَخُوهُمَا.

وأمَّا أهلُ القَرابَةِ، فإنَّهُمْ يَعْتَبِرُونَ في أَخْوالِ الأمِّ وخالاَتِهَا، مَا اعتَبَرُوه في أَخْوَالِ الميِّتِ وخالاَتِه، وكذلِك في عمَّاتِها؛ إذا انفرَدْنَ، وإنِ أجْتَمَعَ أعمامُها وعمَّاتُها، فالمَالُ بيْنَهُمْ، ﴿للذَّكَرِ مثلُ حظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾ على المشْهُورِ.

وفيهِ روايةٌ أُخْرَىٰ: أنَّهُمْ، إنْ كَانُوا مِنَ الأَبَوَيْنِ أو مِنَ الأَبِ، قُدِّمَ الأَعْمَامُ.

ولو اجتمَعَ أعمامُها وعمَّاتُها وأخْوالُها وخالاتُها فالثُّلثُ للخَالاَتِ والأَخْوَال، والثُّلُثَانِ للأعمَام والعمَّاتِ، كَمَا في عُمُومَةِ الميِّتِ وخئولتة، وخؤولَةُ الأَبِ وعمُومَتُه، كخؤلَةِ الأُمِّ وعُمُومَتِها عندَ الانفرادِ والاجْتِمَاع.

ولو أجْتَمَعَ قَرَابَاتُ الأَبَوَيْنِ، فَلِقَرَابَةِ الأَبِ الثُّلُثَانِ ولِقَرَابَةِ الأُمِّ الثُّلُثُ، ثُمَّ يُقَسَّمُ كلُّ نَصيبٍ بينَهُمْ؛ كَمَا يُقَسَّمُ جميعُ المَالِ، لو انفردُوا فثلثا الثلثين لعمَّاتِ الأَبِ، وثُلثه

لأَخْوَالِه وخَالاَتِه، وكذَلِكَ الثُّلثُ، ولا فَرْقَ بينَ أنْ يكونَ قَرَابَةُ الأَبِ مِن جِنْسِ قَرابةِ الأُم، أو لا يكُونَ، حتَّى لو خَلَّفَ عمَّ أمِّهِ وخالةَ أبيهِ، يكُونُ الثُّلثَانِ للخَالةِ، والثُّلُثُ للعمِّ. ولَوْ خلَّفَ ثَلاثَ عمَّاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ، وثَلاثَ خَالاً متفرقات لِأَبِيهِ، ومثلَهُنَّ لِأُمِّهِ، فعلَى الصَّحِيحِ ـ مِن قولِ أهلِ القَرَابَةِ ـ: ثُلثَا الثُّلُثَيْنِ لعمةِ الأَبِ مِنَ الأَبَوَيْنِ، وثُلثُهُما لخالةِ الأَبِ مِنَ الأَبَوَيْنِ، وثُلُثُ الثُّلُثِ لِعَمَّةِ الأمِّ مِنَ الأَبَوَيْنِ، وثُلُثُهُ لخَالَةِ الأمِّ مِنَ الأَبَوَيْنِ، ويسقطُ البواقي.

وعند المنزِّلينَ: نصْفُ سُدُسِ المالِ بَيْنَ خالاَتِ الأَبِ، ومثْلُهُ بينَ خالاتِ الأمِّ؛ لنزولِهِنَّ منزلةَ الجدَّتين، والبَاقي لعمَّاتِ الأَبِ دونَ عمَّاتِ الأم، لأنَّ عمَّاتِ الأَبِ كأب الأَبِ وعمَّات الأمِّ كأب الأمِّ.

هَذا تَمَامُ البيانِ الأَوَّلِ، وَقَدْ ظَهَرَ بِهِ كيفِيَّةُ تَوْرِيثِ الأَصْنَافِ، ومَنْ يَتَقَدَّمُ ويتأخَّرُ مِنْ أَشْخَاصِ كُلِّ صِنْفٍ.

البَيَانُ الثَّانِي: فِي تَرْتِيبِ الأَصْنَافِ:

قالَ المُنزِّلُونَ: كُلُّ واحدٍ مِنْ ذَوِي الأَرْحَام يُنَزَّلُ منزلةَ الوَارِثِ الَّذي يُدْلِي بِهِ، ثُمَّ يُنظرُ في الوَرَثَةِ لو قُدِّرَ أجتماعُهُم، فإنْ كَانُوا يَرِثُونَ، وَرِثَ المُدْلُونَ بِهِم، وإنْ كَانَ يَحْجُبُ بعْضُهُم بعْضاً، جَرَى الحُكمُ كَذَلِكَ فِي ذَوِي الأَرْحَامِ.

وقالَ أهلُ القَرَابَةِ: ذَوُو الأَرْحَامِ ـ وإنْ كَثُرُوا ـ يَرْجِعُونَ إلَى أربَعَةِ أَنْوَاعٍ.

المنتمونَ إلى الميِّتِ، وهُمْ؛ أولادُ البنَاتِ، وبناتُ الابْنِ، والمُنْتَمِي إِلَيْهِمُ الميِّتُ وَهُمْ: الأجدادُ والجدَّاتُ الفاسِدَاتُ، والمنتَمُونَ إِلَىٰ أَبَوَي الميِّتِ، وهُمْ أَوْلاَدُ الأَخَوَاتِ وبَنَاتُ الإِخْوَةِ، والمُنْتَمُونَ إِلَىٰ أجداده وجدَّاتِهِ، وَهُمْ: العُمُومَةُ والخؤولة.

ومذهَبُهُم الظَّاهِرُ تَقديمُ النَّوعِ الأَوَّلِ، ثُمَّ الثَّانِي، ثُمَّ الثَّالِث، فَمَا دَامَ يُوجَدُ أحدٌ من فُرُوعِ الميِّتِ ـ وإنْ كَانَ من غايَةِ السُّفَلِ ـ فَلاَ شَيْءَ لِأُصُولِه مِن ذَوِي الأَرْحَامِ، وإنْ قَرُبُوا. وعلَىٰ هذَا القِيَاسِ. وعنْ أَبِي حَنِيفَةَ روايةٌ أُخْرَىٰ، وهِيَ تَقْدِيمُ النَّوعِ الثَّانِي على الأَوَّلِ. وقدَّمَ أبُو يوسُفَ ومحمدٌ النَّوعَ الثَّالثَ علَى الثَّانِي.

واتَّفَقُوا عَلَىٰ أنَّ مَنْ كَانَ مِنَ العُمومَةِ والخُؤولة، وأولاَدِهِم ومِنْ وَلَدِ جَدٍّ أو جَدَّةٍ [أقربَ إِلَى الميِّتِ فَهِيَ أَوْلَى بالميراثِ، فإن بُعْدَ ممنْ هُوَ من ولدُ جَدٌّ أو جَدَّة][1] أبْعدُ [مِنْهُ].

وإِذَا اجْتَمَعَ الأَجْدَادُ والجدَّاتُ مِنْ ذَوِي الأَرْحَامِ معَ الخَالاَتِ والأَخْوَالِ والعمَّاتِ،

(١) سقط من: د.

فعَلَىٰ أصْلِ أبِي حَنِيفَةَ: تُقَدَّمُ الجدودة، وعندَ صاحِبَيْهِ: إنْ كانتِ العمومَةُ أو الخؤولة منْ وَلَدِ جَدٌ أو جَدَّةٍ، تُساوِي الجَدُّ والجدَّة الموجُودَيْنِ فِي المَسْأَلَةِ، أوْ أبْعَدَ مِنهُمَا، فالأجداد والجدَّاتُ أوْلَىٰ، وإنْ كَانُوا مِنْ أصلٍ أقرب مِنهُمَا، فَهُمْ أوْلَىٰ وعن أحمد ـ رحمة الله عليه ـ تقديمُ الخالِ على جميعِ ذَوِي الأرْحَامِ.

وفي البَاقِينَ، مذْهَبُهُ مَذْهَبُ المنزِّلِينَ فِي كُلِّ فَصْلٍ.

«فَرْعَانِ»

الأوَّلُ: قَدْ يجتمعُ في الشَّخْصِ الواحِدِ مِنْ ذَوِي الأرْحَامِ قَرَابَتَانِ، إمَّا فِي أولاَدِ البنَاتِ؛ بأنْ يكُونَ للرَّجُلِ بِنْتَانِ، لإحْدَاهُمَا ابْنٌ وللأُخْرَىٰ بنتٌ، فينكِحُ الابن بِنْتَ خالَتِهِ، فتَلِدَ لَهُ بِنتاً، فَهِيَ بنتُ بِنْتِ الرَّجُلِ وبنتُ ابْنِ بِنْتِهِ، أوْ فِي أولادِ الإخْوَةِ والأخَوَاتِ؛ بأنْ يَنْكِحَ أخُو زَيد لأمِّهِ أُخْتَه لأبِيهِ؛ فَتَلِدَ له بِنْتاً، فَهِيَ بِنْتُ أُخْتِ زَيْدٍ لأبِيهِ، وبنتُ أُخْتِهِ لأمِّهِ، أوْ فِي أوْلاَدِ الأخْوَالِ والعمَّاتِ؛ بأنْ ينكِحُ خالُ الرَّجُلِ عمَّتَه، فتلدْ بنْتاً، فَهِيَ بنتُ خالِهِ وبِنْتُ عمَّتِهِ.

فالمنزِّلُونَ يُنَزِّلُونَ وُجُوهَ القَرَابَةِ؛ فإنْ سَبَقَ بَعْضُ الوجوهِ إلى وارثٍ يُقدَّمُ بِذَلِكَ الوَجْهِ علَىٰ غَيرِه، وإلاَّ قدَّرُوا الوُجُوهَ أشْخَاصاً، ووَرِثُوا بها علَىٰ ما تَقْتَضِيهُ الحالُ.

وأمَّا أهلُ القَرَابَةِ، فَعِنْدَ محمدٍ: يُوَرِّثُ صاحبُ القَرَابَتَيْنِ بالجِهَتَيْنِ جَمِيعاً.

وقالَ أبُو يُوسُفَ: إنِ اتَّفَقَ ذَلِكَ في أوْلاَدِ البَنَاتِ، جُعِلَتِ الوجوهُ كَوَجْهٍ وَاحِدٍ، ولَمْ يُوَرِّثْ بِها.

وإنِ اتَّفَقَ في أوْلاَدِ الإخْوَةِ والأخَوَاتِ وُرِّثَ بالجِهَةِ التي هِيَ أقْوى.

وإنِ اتَّفَقَ في أوْلاَدِ الخؤولة والعُمُومَةِ، وُرِّثَ بالقَرَابَتَيْنِ مَعاً؛ لأنهما مُخْتَلِفَانِ، وهٰذَا أظْهَرُ عِنْدَهُمْ.

وعَلَىٰ هَذا؛ فلو خَلَّفَ بنتَ أخٍ لأمٍّ هِيَ بنتُ أُخْتٍ لِأَبٍ كَمَا صَوَّرْنَا، [وبِنْتَ أختٍ أُخْرَىٰ، أوْ بِنْتَ أخٍ أُخْرَىٰ؛ وَرِثَتْ بإحْدَى[1] القَرَابَتَيْنِ، وَهِيَ أنَّها بنْتُ الأُخْتِ مِنَ الأبِ.

ولو خَلَّفَ بنتَ خالٍ، هِيَ بنتُ عمَّةٍ، كَمَا صَوَّرْنا، وبنتَ عَمَّةٍ أُخْرَىٰ][2] فالثُّلُثُ لِبِنْتِ الخَالِ، والثُّلُثَانِ بَيْنَهُمَا بالسَّوِيَّةِ. ولو كان معَهُمَا بنْتُ خالٍ أُخْرَىٰ، فالثُّلُثَانِ لَهَا، لأنَّهَا بِنْتُ العمَّةِ، والثُّلُثُ بينَهما بالسَّوِيَّةِ.

---

(١) في الروضة بأقوى. (٢) سقط من: ب.

الثَّاني: إذا كانَ معَ ذَوِي الأَرْحَامِ الزَّوْجُ أو الزَّوْجَةُ:

قال أهلُ القرابةِ: يخرجُ نصيبُ مَنْ وُجِدَ منهما، ويُقَسَّمُ البَاقِي علَى ذَوِي الأَرْحَامِ، كَمَا يُقَسَّمُ الجميعُ، لَوِ انْفَرَدُوا فالمخرج للزَّوْجِ أَوْ الزَّوجة كَدَيْنٍ يُقَدَّمُ مِنَ التَّرِكَةِ.

وللمنزِّلين قولاَنِ: أَظْهَرُهُمَا أَنَّ الجوابَ كَذَلِكَ.

والثَّاني: أَنَّ البَاقِيَ بعدُ فَرضِ الزَّوْجِ أَوْ الزَّوْجَةِ يُقَسَّمُ بينَهُمْ علَىٰ نِسْبَةِ سِهَامِ الَّذِينَ يَدْلِي بِهم ذوو الأرحامُ من الوَرَثَةِ مع الزَّوجِ أو الزَّوْجَةِ.

يُعْرَفُ القائِلُونَ بالأَوَّلِ بأصحابِ اعتبارِ مَا بَقِيَ، والقَائِلونَ بالثَّاني بأصحاب اعتبارِ الأَصْلِ.

مثالُه:

زوجةٌ وبنتُ بِنْتٍ، وبنتُ أختٍ مِنَ الأَبَوَيْنِ:

عندَ أهلِ القَرابةِ: للزَّوْجَةِ الرُّبُعُ، والبَاقِي لبنتِ البِنْتِ، وأصحابُ القولِ الأَوَّلِ من المنزِّلِينَ جَعَلُوا لها الرُّبُعَ، والبَاقِيَ بينَ بنتِ البنتِ، وبنتِ الأُخْتِ بالسَّوِيَّةِ.

ومَنْ قَالَ بالثَّانِي، قالَ إِذا نزَّلْنَاهُمَا، فكأن في المسألةِ زَوْجَةً وبنتاً وأُخْتاً، ولو كانَ كَذَلِكَ، لكانتِ المَسْأَلَةُ من ثَمَانِيَةٍ: نصيبُ الزَّوْجَةِ مِنْهَا واحدٌ، يَبْقَىٰ سَبْعَةٌ، فنَحْفَظُهَا، ثمَّ نخرجُ نصيبَ الزَّوجَةِ بتَمَامِهِ، يَبْقَىٰ ستَّةٌ، نُقَسِّمُ بينهما أَسْبَاعاً.

ولَوْ خَلَّفَتْ زَوْجاً وبِنْتَ بِنْتٍ وخالةً وبِنْتَ عمٍّ.

عندَ أهلِ القَرَابَةِ: للزَّوجِ النِّصْفُ [والبَاقِي لبنتِ البِنْتِ.

وعلى القولِ الأَوَّلِ للمُنزِّلِينَ: للزَّوْجِ النِّصْفُ][(١)]، ولبنتِ البِنْتِ نِصفُ البَاقي، وللخالةِ سُدُسُ البَاقِي، والبَاقِي لِبنتِ العمِّ.

وقالَ أصْحَابُ القول الثَّانِي: إذا نَزَّلْنَا، حَصَلَ فِي المَسْأَلَةِ مَعَ الزَّوْجِ بنتٌ وأُمٌّ وعَمٌّ، وحينئذٍ فهي مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ، نُسْقِطُ نَصِيبَ الزَّوْجِ يَبْقَىٰ تِسْعَةٌ فنحفظُها، ثُمَّ نُخْرِجُ النِّصْفَ التَّامَّ للزَّوْجِ، وَنُقَسِّمُ بينهمُ البَاقِيَ، وهُوَ سِتَّةٌ علَى التِّسْعَةِ المحْفُوظَةِ، والله أعلم.

الكلامُ فِي حِسَابِ الفَرَائِضِ. قَالَ:

قال الغَزَالِيُّ: **الفَصْلُ الثَّالِثُ فِي أُصُولِ الحِسَابِ وَمُقَدَّرَاتُ الفَرَائِضِ سِتٌّ، النِّصْفُ**

---

(١) في الروضة بأقوى. (٢) سقط من: ب.

ونِصْفُهُ وَهُوَ الرُّبُعُ وَنِصْفُ نِصْفِه وَهُوَ الثُّمُنُ، وَالثُّلُثَانِ وَنِصْفُهُمَا وَهُوَ الثُّلُثُ وَنِصْفُ نِصْفِهِمَا وَهُوَ السُّدُسُ، أَمَّا مُسْتَحِقُّوهَا، فَالنِّصْفُ فَرْضُ خَمْسَةٍ مِنَ الوَرَثَةِ فِي أَحْوَالٍ مُخْتَلِفَةٍ، وَالرُّبُعُ فَرْضُ اثْنَيْنِ، وَالثُّمُنُ فَرْضُ وَاحِدَةٍ، وَالثُّلُثَانِ فَرْضُ أَرْبَعَةٍ، وَالثُّلُثُ فَرْضُ اثْنَيْنِ، وَالسُّدُسُ فَرْضُ سَبْعَةٍ، وَإِذَا تَأَمَّلْتَ مَا سَبَقَ عَرَفْتَ التَّفْصِيلَ، وَأَمَّا مَخَارِجُ هَذِهِ المُقَدَّرَاتِ فَسَبْعَةٌ، الاثْنَانِ، وَالثَّلاَثَةُ وَالأَرْبَعَةُ، وَالسِّتَّةُ، وَالثَّمَانِيَةُ، وَالاثْنَا عَشَرَ، وَالأَرْبَعُ وَالعِشْرُونَ، وَزَادَ آخَرُونَ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ وَسِتَّةً وَثَلاَثِينَ، وَذَلِكَ يُحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي مَسَائِلِ الجَدِّ حِينَ يَطْلَبُ ثُلُثُ مَا بَقِيَ بَعْدَ إِخْرَاجِ سَهْمِ ذِي فَرْضٍ، وَلاَ يُخْرَجُ الثُّلُثُ إِلاَّ مِنْ ثَلاَثَةٍ، وَالسُّدُسُ إِلاَّ مِنْ سِتَّةٍ، وَالثُّمُنُ إِلاَّ مِنْ ثَمَانِيَةٍ، وَالسُّدُسُ وَالرُّبُعُ مَعاً إِلاَّ مِنْ اثْنَي عَشَرَ، وَالثُّمُنُ وَالسُّدُسُ مَعاً إِلاَّ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ (أَمَّا العَوْلُ) فَدَاخِلٌ مِنْ جُمْلَةِ هَذِهِ الأَعْدَادِ عَلَىٰ ثَلاَثَةٍ، عَلَىٰ سِتَّةٍ فَتَعُولُ إِلَىٰ سَبْعَةٍ، وَإِلَىٰ ثَمَانِيَةٍ، وَإِلَىٰ تِسْعَةٍ، وَإِلَىٰ عَشَرَةٍ، وَلاَ يَزِيدُ عَلَيْهِ، وَاثْنَا عَشَرَ تَعُولُ بِالإِفْرَادِ إِلَىٰ ثَلاَثَةَ عَشَرَ، وَخَمْسَةَ عَشَرَ، وَسَبْعَةَ عَشَرَ، وَلاَ تَعُولُ إِلَىٰ أَرْبَعَةَ عَشَرَ وَسِتَّةَ عَشَرَ، وَالأَرْبَعُ وَالعِشْرُونَ تَعُولُ مَرَّةً وَاحِدَةً إِلَىٰ سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ فَقَطْ، وَمَعْنَى العَوْلِ الرَّفْعُ وَهُوَ أَنْ يَضِيقَ المال عَنِ الأَجْزَاءِ فَيُرْفَعَ الحِسَابُ حَتَّىٰ يَدْخُلَ النُّقْصَانُ عَلَى الْكُلِّ عَلَىٰ وَتِيرَةٍ وَاحِدَةٍ، كَزَوْجٍ وَأُخْتَيْنِ، لِلزَّوْجِ النِّصْفُ وَهُوَ ثَلاَثَةٌ مِنْ سِتَّةٍ إِذْ المَسْأَلَةُ مِنْ سِتَّةٍ، وَلِلأُخْتَيْنِ أَرْبَعَةٌ فَيَكُونُ المَجْمُوعُ سَبْعَةً فَتُرْفَعُ السِّتَّةُ إِلَىٰ سَبْعَةٍ أَمَّا تَصْحِيحُ مَسَائِلِ الْفَرَائِضِ فَإِنْ كَانَ الوَرَثَةُ كُلُّهُمْ عَصَبَاتٍ فَالْمَسْأَلَةُ مِنْ عَدَدِ رُؤُوسِهِمْ، تَصِحُّ، فَإِنْ كَانَ فِيهِمْ أُنْثَىٰ نُقَدِّرُ كَأَنَّ كل ذَكَرٍ أُنْثَيَانِ، وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ ذُو فَرْضٍ وَعُرِفَتِ المَسْأَلَةُ بِعَوْلِهَا ثُمَّ عِنْدَ الْقِسْمَةِ انْكَسَرَ عَلَىٰ فَرِيقٍ أَوْ عَلَىٰ فَرِيقَيْنِ فَطَرِيقُ التَّصْحِيحِ ذَكَرْنَاهُ فِي المَذْهَبِ البَسِيطِ وَالوَسِيطِ جَمِيعاً وَهَذَا الوَجِيزُ لاَ يَحْتَمِلُ اسْتِقْصَاءَهُ.

[فِي أُصولِ الحسابِ ومقدَّراتِ الفَرَائِضِ ستَّةٌ:

النصفُ ونصفُه ـ وهُوَ الرُّبُعُ ـ، ونصفُ نصفِه وهُوَ الثُّمُنُ][1]. مقصودُ الحِسابِ فِي هَذَا الفنِّ شَيْئَانِ:

أحدُهُما: تَصْحِيحُ المسَائِلِ.

والثَّانِي: قِسْمَةُ التَّرِكَةِ على الوَرَثَةِ.

المَقْصَدُ الأَوَّلُ: التَّصْحِيحُ.

---

(١) سقط من: ب.

وله مقدِّمَاتٌ أوردَ بعْضَها في الكتَابِ، ولم يُورِدْ طَرِيقَ التَّصْحِيح:

أحداها: الفروضُ المقدَّرَةُ في كِتَابِ اللَّهِ تَعَالى ستَّةٌ: النِّصفُ ونِصفُه وهو الرُّبُعُ، ونصفُ نصفِه، وهو الثُّمُنُ، والثُّلُثَانِ ونِصفُهُمَا وهو الثُّلُثُ، ونصفُ نصفهما وهو السُّدُسُ.

وقدْ تَفَصَّلَ من قبلُ بيانُ مُسْتَحَقِّيهَا، وإذا جمعتهم قلت النصفُ فرضُ خَمْسةٍ وهم الزَّوجُ ولبنتُ وبنتُ ألابْنِ والأُخْتُ مِنَ الأَبَوَيْنِ والأُخْتُ مِنَ الأَبِ[١].

والرُّبُعُ فَرْضُ اثْنَيْنِ وَهُمَا: الزَّوْجُ والواحدةُ والعددُ منَ الزَّوْجَاتِ[٢]، والثُّمُنُ فرضُ الواحدةِ والعددِ منَ الزَّوْجَاتِ.

والثُّلثَان فرضُ أَرْبَعةٍ وَهُمْ: الإناثُ اللَّوَاتِي تَأْخُذُ الواحدةُ منهنَّ النِّصفُ.

والثُّلثُ فرضُ اثْنَينِ وهُمَا: الأُمُّ والاثنانِ مِنْ أولادِ الأُمِّ هَكَذا بقولِه بعضُهم، وعلَى ذَلِك جَرَى في الكِتَابِ. ومنهمْ منْ يقولُ: فرضُ ثلاثةٍ، ويزيد الجدُّ معَ الإِخْوَةِ في بعضِ الأَحْوَالِ وهُوَ الأَصَحُّ.

والسُّدسُ فرضُ سبعةٍ وَهُمْ: الأمُّ، والجدَّةُ، والأَبُ، والجدُّ وبنتُ الابنِ معَ بنتِ الصُّلْبِ والأختُ من الأَبِ مَعَ الأُخْتِ من الأَبَوَيْنِ، والواحدةُ مِنْ أَولادِ الأُمِّ.

الثانية: كلُّ عَدَدَيْنِ؛ فَهُمَا إمَّا مُتَمَاثِلانِ كثَلاثةٍ وثلاثةٍ وخمسةٍ وخمسةٍ، أو غيرُ مُتَمَاثِلَيْنِ. فإمَّا أنْ نَفْني الأكثر بالأَقَلِّ إذَا أُسقِطَ منه مرَّتَينِ فصَاعِداً كالثلاثةِ مع التِّسْعَةِ والخمسةِ مع العَشَرَةِ، أو لاَ نفْنِي به فإن كانَ الأوَّلُ، سُمِّيا مُتَداخِلَينِ، والمَعْنَى أَنَّ أَحدَهُمَا داخلٌ والآخرُ مدخولٌ فيه.

وإن كانَ الثَّاني فإمَّا أنْ يفنيهما جميعاً عدد ثالثٍ كالستَّةِ معَ العَشَرَةِ يفنيهما الاثْنَانِ، وكالتِّسْعَةِ معَ الاثْنَي عشرَ يفنيهما الثَّلاثةُ. أو لاَ يُفْنِيَهُمَا عَددٌ آخرُ وإنَّما يفنيانِ بالواحدِ؛ إن كانَ الأوَّلُ سُمِّيَا مُتَوَافِقَيْنِ، وإن كانَ الثَّاني سُمِّيَا مِتَبايِنَيْنِ.

فإذن كلُّ عددَيْنِ فهما إمَّا مُتَمَاثِلاَن أَوْ مُتَدَاخِلاَن أو مُتَوَافِقَانِ أو مُتَبَايِنَانِ.

---

(١) كان ينبغي أن يقول منفردات كما قيده في المحرر.

(٢) كان ينبغي أن يضاف إليهما ثالث وهو الأم، فإنه فرضها في مسألة زوج وأبوين، فإن قيل: ذاك يعبر عنه بثلث الباقي ثلثاً إن كان ثلث الباقي فرضاً مستقلاً فينبغي أن يراد في إعداد الفروض، ونجعله كما نبه. نعم لنا فرض سابع حقيقة، وهو ثلث ما يبقى في مسائل الجد إذا كان معه ذو فرض في بعض الأحوال وذلك فيما إذا كان في المسألة ربع أو سدس فقط كأم وجد وإخوة فله ثلث الباقي فرضاً، وإنما لم يذكروه؛ لأنه لم يرد لا في القرآن ولا في السنة بل استفيد من دليل آخر.

وكلُّ متداخلَيْنِ فهما مُتَوَافِقَانِ؛ لأنَّ الأقلَّ إذَا أفنَى الأكْثَرَ، كانَا متوافِقَيْنِ بإجْزَاءِ مَا في العَدَدِ الأقلِّ منَ الآحادِ.

مثالُه: الخمسةُ تفنى العشرَةَ فَهُمَا متوافِقَانِ بالأخْمَاسِ.

وإذَا أردتَّ أنْ تعلَمَ أنَّ العدَدَيْنِ هلْ يدخُلُ فِي الآخرَ، فأسْقِطِ الأقلَّ منَ الأكْثَرِ [مرَّتَيْنِ فَصَاعِداً، أوْ زدْ علَى الأقلِّ مثْلَه مرَّتَيْنِ فصَاعِداً، فإنْ فَنِيَ الأكْثَرُ بالأقلِّ، أو سَاوَى الأقلُّ الأكثرَ بزيَادةِ الأمْثَالِ، فَهُمَا مُتَدَاخِلَانِ وإلاَّ، فلَا.

وإذا أردتَّ أنْ تُعْلِمَ، هلْ هما متوافِقَان، فأسْقِطِ الأقَلَّ مِنَ الأكْثَرَ مَا أمْكَنَ، فَمَا بَقِيَ، فأسْقِطْهُ مِنَ الأقلِّ][1] فإنْ بَقِيَ منْهُ شَيْءٌ فَأَسْقِطْهُ مِمَّا بَقِيَ مِنَ الأكْثَرَ، ولاَ تَزَالُ تَفْعَلُ ذَلِكَ حَتَّى يَفْنَى العددُ المنقُوصُ مِنْهُ آخراً، فإنْ فنِيَ بواحدٍ فلا مُوافَقَةَ بينَهُما، وإنْ فَنِيَ بعددٍ، فهُمَا مُتوافقَان بالجزءِ المأخُوذِ منْ ذَلِكَ العددِ، إنْ فَنِيَ باثْنَيْنِ فَهُمَا متوافِقَانِ بالنِّصْفِ، وإنْ فَنِيَ بثلاثَةٍ، فبالثُّلثِ، وإنْ فَنِيَ بعَشَرَةٍ، فبالعُشْرِ، وإنْ فَنِيَ بأحدَ عَشَرَ، فبِأَجْزَاءِ أحدَ عشرَ، وعلَى هَذا القِياسُ.

مثَالُهُ: واحدٌ وعِشْرُون وتِسْعَةٌ وأرْبَعُون:

تُسقِطُ الأقلَّ منَ الأكثرِ مرتين يبْقى سبْعَةٌ، وتسقِطُ السبعةَ مِنَ الأقلِّ ثلاثَ مراتٍ يَفْنَى بِهَا؛ فَهُمَا مُتوافِقَانِ بالأَسْبَاعِ.

مائةٌ وعِشْرُونَ ومائةٌ [و][2]خمسةٌ وسِتُّون:

تُسْقِطُ الأقلَّ من الثَّانِي، تَبْقَى خمسةٌ وأربَعُون، فأسقِطْ هَذَا العدَدَ منَ المائةِ والعِشْرِينَ مرَّتَيْنِ، يبقى ثلاثون، أسقِطْه مِنَ الخمسةِ والأرْبَعِين، تَبْقَى خَمْسَةَ عشرَ، أَسْقِطْه منَ الثَّلاثين مرَّتَيْنِ، يَفْنَى به الثَّلاثُونَ، فهما مُتوافِقَان بأجزاءِ خَمْسَةَ عَشَرَ ومهْما حصَلَ التَّدَاخلُ، انقَسَمَ الأكثرُ علَى الأقلِّ قِسْمَةً صحيحةً، وكانَ الأقلُّ غيرَ زائدٍ علَى نصفِ الأكثرِ.

وإذَا أفنى عددَين أكثرَ مِنْ عددٍ واحدٍ، فهُما مُتوافِقَان بأَجْزَاءِ مَا في تِلْكَ الأعدادِ مِنَ الآحادِ. مثالُه: اثنا عشرَ وثَمانِيَةَ عشرَ: تُفْنيهُما الستَّةُ والثَّلاثَةُ، والاثنانِ فَهُما مُتَوافِقَان بالأسداسِ والأثلاثِ والأنصافِ، والعملُ والاعتبارُ في مثلِ ذلكَ بالجزءِ الأقلِّ، فَيُعْتَبَرُ في هَذا المِثَالِ السُّدُسُ، وفِي المتوافِقَيْن بالأخماسِ والأعْشَارِ العشرِ. وعلَى هَذا القياسِ.

الثَّالِثَةُ: فِي أُصُولِ مَسَائِلِ الفَرَائِضِ.

أصلُ المسألَةِ: هُوَ العددُ الَّذِي يَخْرُجُ منه سِهَامُهَا.

---

(١) سقط من: د.

(٢) سقط من: ب.

ومسائلُ الفرائضِ نَوْعَانِ:

أحدُهُمَا: أن يكونَ الورثَةُ كلُّهم عَصَبَاتٍ، فإنْ كَانُوا ذُكُوراً أوْ إنَاثاً [فالقِسْمَةُ بَيْنَهُمْ بالسَّوِيَّةِ، وصورتُه في الإنَاثِ الممحضات: أنْ تُعْتِقَ نسوةٌ رقيقاً يَمْتَلِكْنَه علَىٰ التَّسَاوِي. وإنْ كَانُوا ذُكُوراً وإنَاثاً][(١)]، قدَّرْنَا كلَّ ذَكَرٍ اثْنَيْنِ، وقسَّمْنَا المالَ، وَأَعْطَينَا كلَّ ذَكَرٍ سَهْمَيْنِ وكلَّ أنْثَى سَهْماً، فعدَدُ الرؤوس[(٢)] في هَذَا النَّوْعِ هُوَ أصلُ المسْأَلَةِ.

والثَّاني: المسائِلُ الَّتي ورثتها أصحابُ فُرُوض أو بعضُهُم صاحِبَ فرْض، فالأصولُ في هَذَا النَّوْعِ سَبْعَةٌ عندَ المتقدِّمِين، ومنَ المتَأَخِّرِينَ من يقولُ: تِسْعَةٌ، أمَّا السَّبْعَةُ المتفقُ عَلَيْهَا فَهِيَ: اثنانِ وثلاثةٌ وأربعةٌ وستةٌ وثمانيةٌ واثْنَا عَشَرَ وأربعةٌ وعشرُونَ، وهَذا لأنَّ الفروضَ السِّتَّةَ كُسُورٌ مضافَةٌ إلى الشَّيْءِ المعْدُودِ وَاحِداً، وهُوَ التَّرِكَةُ.

ولا يخلُوا إمَّا أنْ يقعَ في المسألةِ واحدٌ مِنْهَا أو اثنانِ فصَاعِداً: إنْ لَم يقعْ فيها إلاَّ واحدٌ، فالمخرجُ المأخوذُ منْهُ ذَلِكَ الكَسْرُ هو أصلُ المسألةِ، فالنِّصفُ من اثنَيْنِ والثُّلثُ من ثلاثةِ والرُّبُعُ من أربعةٍ. وعلَىٰ هَذَا، وإنْ وَقَعَ فِيها أثْنَان فَصَاعِداً. فإنْ كَانَا من مخرَجٍ واحدٍ، فهو أصلُ المسألة، وإن كانا مختلفي المخرَجِ، أخذنا المخرَجَيْنِ، ونظَرْنَا فيهما، فإنْ كانا متداخلَيْنِ كما إذا اجتمَع الثلُثُ والسُّدُسُ، فأكثر المخرجَيْنِ أصْلُ المسألة، وإنْ كانا متوافِقَيْنِ، كما إذا اجتمع السدُسُ والثُّمن، ضَرَبْنَا وَفْقَ أحدِ المخرجَيْنِ في جميع الآخر، تحصل أربعةٌ وعشرون، فهو أصلُ المسألة.

وإن كانا متبايِنَيْنِ، كما إذا اجتمعَ الثُّلُث والرُّبُعُ ضربْنَا أحَدَ المخرَجَيْنِ في الآخرِ، وجعلْنا الحاصلَ ـ وهو اثنا عَشَرَ ـ أصْلَ المسألة.

وإذا فصَّلْتَ، قُلْتَ: كلُّ مسألةٍ فيها نصفٌ، وما بَقِيَ كزَوْج وأخ، أو نِصْفَان، كزَوْج وأخت، فهي مِنَ أثْنَيْنِ وكل مسألة فيها ثلثانِ وما بَقي؛ كأختينِ مَن الأبوين وعمّ أو ثُلُثٌ، وما بَقِيَ؛ كأمٍّ وعمٍّ.

أو ثلثانِ وثلثٌ، كأختَيْن من الأبوَيْنِ وأختَيْن من الأمِّ، فهي من ثلاثةٍ.

وكلُّ مسألةٍ فيها ربُعٌ، وما بَقِيَ؛ كزَوْج وابنٍ، أو زوجةٍ وأبٍ. أو ربعٌ ونصْفٌ وما بقي؛ كزوجٍ وبنتٍ وأخٍ، فهي من أربعة.

وكلُّ مسألةٍ فيها سدُسٌ، وما بقي كأمٍّ وابن؛ أو سدسٌ ونصفٌ وما بقي، كأمٍّ وبنتِ عَمٍّ أو سدسٌ، وثلث وما بَقِيَ؛ كأمٍّ وولدَيْ أمٍّ وعمٍّ.

أو نصْفٌ وثلثان؛ كزوْجٍ وأختين، أو نصفٌ وثلثٌ وما بَقِيَ؛ كأمٍّ وزوجٍ وعَمٍّ،

---

(١) سقط من: ب.

(٢) في ز: الوارثين.

فهي من ستَّةٍ. وكلُّ مسألةٍ فيها ثُمنٌ وما بَقِيَ؛ كزوجة وابن، أو ثُمنٌ ونصْفٌ وما بَقِيَ؛ كزوجةٍ وبنتٍ وعمٍّ، فهي من ثمانية.

وكلُّ مسألةٍ فيها ربُعٌ وثلثانِ وما بَقِيَ؛ كزوج وبنتين وعمٍّ، أو ربُعٌ وثلُثٌ وما بقي؛ كزوجة وأمٍّ وأخٍ فمن ستة أو ربُعٌ وسُدسٌ وما بَقِيَ؛ كزوج وأمٍّ وابنٍ، فهي مِنِ اثْنَي عَشَرَ. وكلُّ مسألةٍ فيها ثمنٌ وثلثانِ وما بَقِيَ؛ كزوجةٍ وبنتَيْنِ وأخٍ، أو ثُمنٌ وسُدُسٌ وما بقي؛ كزوجة وأمٍّ وابن، فهي من أربعة وعشرينَ.

وإذا تأمَّلْتَ، عرفتَ أنَّ الأصلَيْنِ الآخرَيْنِ منَ السَّبْعة لا يتولَّدان إلا مِنْ فرَضَيْنِ مختلفَيْنِ، وأنَّ الأصْل الأوَّل لا يكونُ إلاَّ عنْد اتحاد الفرْضِ، وما عداها قد يتَّفق مع الاتِّحاد وقد يختلف مع الاختلاف.

وأمَّا الأصْلاَنِ المختلَفُ من وضْعِهما، فهما ثمانيةَ عَشَرَ، وضعفهما ستةٌ وثلاثُونَ، زادَهُمَا بعْضُ المتأخِّرين علَىٰ قوْل زَيْدٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ في الجَدِّ والإِخوةِ، حيْثُ كان ثلث الباقِي بعْد الفَرْض خيراً له من القسمة.

والثمانيةَ عَشَرَ أصْلُ كلِّ مسألةٍ فيها سدُسٌ وثلث ما بقي وما يبقَىٰ؛ كأمٍّ وجدَّةٍ وإِخوةٍ[1].

والستَّةُ وثلاثونَ أصْلُ كلِّ مسألةٍ فيها ربُعٌ وسدُسٌ وثلُثُ وما بقي وما يبقَىٰ؛ كزوجةٍ وأمٍّ وجدٍّ وإخوةٍ.

(١) وفي كلام السهيلي ما يخالفه فإنه قال: إذا كان في الفريضة ولد أم وعاصب كانت المسألة من ستة كما هي إذا كان فيها واحد من ولد أم وعاصب وإذا كان فيها ثلاثة من ولد الأم فأكثر وعاصب فهي من ثلاثة. قال ابن الرفعة: وكأنه والله أعلم فهم من قوله تعالى: ﴿فلكل واحد منهما السدس﴾ أراد حالة اجتماعهما فإنه إذا كان كذلك اقتضى أن يكون مسألتهما من ستة؛ لأن يقال جعل لهم منها سدساً وسدساً ولم يسلم لها الثلث ومناط الخارج ما جاء في الكتاب والسنة من التسمية وهذا كما إذا وجد في الفريضة جدة الكتاب والسنة من التسمية وصار هذا كما إذا وجد في الفريضة جدة وواحد من ولد الأم وما بقي فإنها من ستة وخالف حال كونهم ثلاثة وما فوقها لأن الله تعالى قال: ﴿فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث﴾ فسمى لهم الثلث في هذه الحالة فكان مسألتهم كذلك من ثلاثة لكن سياق الآية وظاهرها يقتضي أنه سبحانه أراد بقوله فلكل واحد منهما السدس حالة انفراد الأخ أو الأُخت لأجل قوله قبل ذلك وله أخ أو أُخت، وهو صريح في الانفراد وقوله: ﴿فلكل واحد منهما﴾ جواب له وكان مقتضى ذلك حالة الانفراد وقوله تعالى: ﴿فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث﴾ يكون تقديره على مقتضى ذلك. فإن كانوا أكثر من واحد فهم شركاء في الثلث لأن الواحد هو المشار إليه بقوله ذلك ولا يتخيل من هذا أنه يشمل الاثنين فما فوقها بل هو للثلاثة فما فوقها لأجل قوله: ﴿فإن كانوا﴾ فإنه جمع وأقل الجمع ثلاثة وأكد هذا المعنى بقوله كانوا.

والمتقدِّمون قالُوا: لا يَزِيدُ علَى الأُصُول المستخْرَجَةِ من الفُرُوض المذْكُورة في كتابِ اللَّهَ تعالَىٰ.

وتصحيح المسألَتَيْنِ بالضرب:

فالأُولَىٰ: من ستَّةٍ: للأم سهم يَبْقَىٰ خمسةٌ، ونحنُ نحتاجُ إلَىٰ ثُلُثِ ما يبْقَىٰ، ولَيْس للخَمْسة ثُلُثٌ صحيحٌ، فنَضْرِبُ مخرج الثُّلُثِ في أصْل المسْألة، تصير ثمانية عشَرَ.

والثانيةُ: مِنِ أثنَيْ عَشَرَ، تخرج بالفَرْض خمسةٌ، وليس للباقي ثلثٌ صحيحٌ، فيضربُ مخْرَج الثلث في أثنَيْ عَشَرَ، تصير ستةً وثلاثين واستصوب الإمامُ وصاحبُ «التتمة» صنيع المتأخِّرين؛ لأنَّ ثلث ما يبقَىٰ، والحالة هذه، فرْضٌ مضموم إلى السُّدُس والرُّبُع، فلتكن الفريضةُ من مخرجها.

واحتج صاحبُ «التتمة» بأنَّهم اتَّفَقُوا في زَوْج وأبوَيْنِ علَىٰ أن المسألةَ مِنْ سِتَّةٍ، ولوْلاَ إقامةُ الفريضةِ من الثُّلُث وثُلُثِ ما يبقَىٰ، لقَالُوا: هيَ مِنِ أثْنَيْنِ، للزوج واحدٌ، يبقى واحدٌ، وليْسَ لهُ ثلُثٌ صحيحٌ؛ فنضرب مخْرَجَ الثلثِ في اثنَيْنِ، تصير ستَّةً:.

واعلَمْ أنَّه قد يتَّفق في صورة الجَدِّ والإِخوة نصْف ما يبقى؛ كزوجٍ أو بنتٍ وجدٍّ وإِخوةٍ، فيجوزُ أنْ يقدَّر اتِّفاقهم علَىٰ أنَّه منْ ستَّةٍ، كما حُكِيَ في زوْجٍ وأبوَيْنِ، ويجوزُ أنْ يقدَّر في أصله الخلافُ[١].

الرَّابِعَةُ: في العَوْل[٢].

---

(١) قال النووي: الاحتمال أصح، والمختار أن الأصح الجاري على القاعدة: طريق المتأخرين، كما اختاره الإمام، لما سبق ولكونها أخصر.

(٢) هو زيادة السهام ونقص الأنصباء، ويدخل على ثلاثة من الأصول السبعة متى ضاق الأصل عن الفروض وهي الستة والاثنا عشر والأربعة والعشرون فتعول السنة بسدسها إلى سبعة كزوج وشقيقتين فللزوج ثلاثة ولهما أربعة. وتعول إلى ثمانية (بثلثها) كما إذا زاد على المسألة السابقة أخ لأم، فإنه يأخذ واحداً ويكون المجموع ثمانية وتعول أيضاً بنصفها إلى تسعة كما إذا كان بدل الأخ لأم أخوان لأم فإنهما يأخذان الثلث وهو اثنان فيكون المجموع تسعة.
وتعول بثلثيها إلى عشرة كما إذا زيدت أم في المسألة السابقة فإنها تأخذ واحداً ويكون المجموع عشرة.
وتسمى بالمسألة الشريحية نسبة إلى القاضي شريح.
وأما الاثنا عشر فتعول إلى ثلاثة عشر كزوجة وأختين وأخت لأم.
وإلى خمسة عشر كما إذا كان بدل الأخت لأم أختان لأم لأم.
وإلى سبعة عشر كثلاث زوجات وجدتين وأربع أخوات وثمان شقيقات. وتسمى هذه المسألة أم الأرامل.

إذا ضَاقَ المَالُ عنْ سِهَامِ ذَوِي الفُرُوضِ، تُعَالُ المسألةُ، أيْ: تُرْفَعُ سُهَمَانُهَا؛ ليدخل النقصُ عَلَىٰ كلِّ واحدٍ بقَدْرِ فرضِهِ؛ لأن كلَّ واحدٍ منهم يأخُذُ فَرْضَهُ عنْدَ الانْفرادِ بتمامه، فإذا ضاق المالُ عن الوَفَاءِ بها، وجب أن يقتسموا علَىٰ قدْرِ الحقوق؛ كأصحابِ الدُّيون والوصايا.

وقدِ اتَّفَقَتْ الصحابة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - علَى العَوْلِ في زمانِ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وعنهم أجمعين حين ماتَتْ امرأةٌ فِي عهْدِهِ عَنْ زوجٍ وأختَيْنِ فكَانَتْ أولَ فريضةٍ عائلةٍ في الإسلامِ فجَمَعَ الصَّحَابَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - وقالَ لَهُمْ:

فَرَضَ اللَّهُ تَعَالَىٰ للزَّوْجِ النِّصفَ وللأُخْتَيْنِ الثُّلُثينِ، فإنْ بدأتَ بالزَّوجِ، لم يَبْقَ للأُخْتَيْنِ حَقُّهُما، وإنْ بدأتُ بالأُخْتَيْنِ لَم يَبْقَ للزَّوجِ حقُّه، فأشِيرُوا عَلَيَّ، فأشَارَ إليه العبَّاسُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - بالعَوْلِ، وقَالَ:

أرَأَيْتَ لو ماتَ رجلٌ قدْ تَرَكَ ستَّةَ دَرَاهِمَ وَلِرَجلٍ عَلَيْهِ ثلاثةٌ ولآخَرَ أربعةٌ، أَلَيْسَ يجعلُ المالَ سبعةَ أَجْزَاءٍ؟ فأخذتِ الصحابةُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - بِقَوْلِهِ، ثُمَّ أظْهَرَ ابنُ عبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - الخِلاَفَ فيهِ بَعْدَ ذَلِكَ، ولَمْ يأخذْ بِقَوْلِهِ إلاَّ قليلٌ.

إذا عَرَفْتَ ذَلِكَ، فالأعدادُ التسعة الَّتِي هِيَ الأصولُ المتَّفقُ علَيْهَا مِنْهَا ناقصٌ، وهو الَّذي إذَا اجْتَمَعَتْ أجزاؤه الصحيحة كانت أقل منه وتام: وهُوَ الَّذِي إذَا اجتمعت كانت مثله وفائد وهو الذي إذا اجتمعت كانت أكثر منه فالاثنانِ والثلاثة والأربَعة والثمانية ناقصةٌ؛ لأنَّه ليْس للابنين للاثْنَيْنِ جزءٌ صحيحٌ إلاَّ النِّصفُ وأنه واحدٌ، وللثلاثةُ إلاَّ الثُّلثُ وأنَّه واحدٌ، ولَيْسَ للثُّلثانِ جزءاً آخر وإنَّما هو تَضْعِيفُ الثُّلثُ، وَجُعِلَ فَرْضاً برأسه؛ لأنَّ النَّظَرَ هُنَاكَ إلَىٰ المُقَدَّرَاتِ الَّتِي يَسْتَحِقُّها الصِّنفُ الوَاحدُ منَ الوَرَثَةِ، والأرْبَعَةُ لَيْسَ لَهَا إلاَّ الرُّبُعُ والنِّصفُ وهُمَا ثَلاثةٌ، والثَّمانِيَةُ لَيْسَ لَهَا الثُّمُنُ والرُّبُعُ والنِّصْفُ، ومجموعُهُما سَبْعَةٌ. فأجزاءُ هٰذِهِ الأعدادُ أقلُّ مِنْهَا. والستَّةُ تامَّةٌ؛ لأنَّ لها السُّدُسَ، والثُّلثَ والنِّصفَ والمجْمُوعُ ستَّةٌ بِلاَ زِيَادةٍ ولا نُقْصَانٍ.

والاثْنَا عَشَرَ والأربعةُ وعشرونَ زَائِدَان؛ أمَّا الأوَّلُ فَلَه السُّدُسُ والرُّبعَ والثُّلثُ والنِّصفُ، والمجموعُ خمسةَ عشرَ وأمَّا الثَّاني فله الثُّمنُ والسُّدُسُ والرُّبُعُ والثُّلثُ والنِّصْفُ، والمجموعُ ثَلاثةٌ وثَلاثُون، فالنَّاقِصَةُ من هَذِهِ الأُصُولِ لا يَدْخُلُهَا العَوْلُ والتَّامةُ والزَّائِدَةُ وَهِيَ الستَّةُ وضِعْفُها وَضِعْفُ ضِعْفِها يَدْخُلُها العَوْلُ أمّا الستَّةُ فَتَعُولُ أرْبَعَ مراتٍ علَى التَّوَالِي تَعُولُ بِسُدُسِهَا إلى سَبْعَةٍ كَزَوجٍ وأُخْتَيْنِ، وبثُلُثِها إلى ثَمَانِيةٍ كهؤلاء وأم وبنصفها إلى تسعةٍ كَزَوْجٍ وأختَيْنِ لأَبٍ وأمٍّ وأُخْتَيْنِ لأمٍّ وبثلثيها إلى عشرة كهؤلاء وأمٍّ وتُسَمَّى هذه المسْألَةُ، أمّ الفُرُوج لكثرةِ السِّهَامِ العَائِلَةِ فِيهَا و«الشُّرَيْحِيَّةُ»، لوقُوعِها فِي زَمَنِ شُرَيحٍ وَقَضَائِهِ فِيهَا.

وَمَتَى عالتْ إلى ثمانيةٍ أو تسعةٍ أو عشرةٍ فلَا يكُونُ الميّتُ إلاّ امرأةً واحدة وأمّا الاثْنَا عَشَرَ فتعولُ ثلاثَ مراتٍ بالإفرادِ؛ تَعُولُ بنصفِ السُّدُسِ إلى ثلاثةِ عشرَ كزوجةٍ وأمٍّ وأُخْتَيْنِ لأَبٍ، وبالرُّبُعِ إلى خمسةَ عشرَ كزوجةٍ وأُخْتَيْنِ لأَبٍ وأُخْتَيْنِ لأُمٍّ، وبالرُّبُعِ والسُّدُسِ إلى سبعةَ عشرَ، كهؤلاء وأمٍّ أو جدّةٌ.

ومن صُورِ هَذا العَوْلِ مسألةُ أم الأرامِلِ، وهِيَ ثَلاثُ زَوْجَاتٍ وَجدّتَانِ وأربعُ أَخَوَاتٍ لأُمٍّ وثَمَانِ أَخَواتٍ لأَبٍ فهن سبعُ عشرة نِسْوَةً أيْضاً وَهِيَ مُتَسَاوِيةٌ.

ولا يكونُ العَوْلُ إلى سبعةَ عشرَ إلاّ، والميّتُ رَجُلٌ.

وأمّا الأربعةُ والعِشْرُون، فَتعُولُ مرّةً واحدةً بالثُّمُنِ إلى سبعةٍ وعشرينَ كَزَوْجَةٍ وابْنَتَيْنِ وأَبَوَيْنِ.

وهذه المسألةُ المنْبَرِيَّةُ سُئِلَ عَنْهَا عليٌّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وهُوَ علَى المنبرِ، فقال [كرم الله وجهه وهو على المنبر] على: الارتجالُ صارَ ثُمُنُها تُسْعاً[1]، وذلك لأنَّ ثُلُثَه مِنْ سبعةٍ وعِشْرِينَ تسْعٌ في الحقيقةِ. وهذا العَوْلُ لا يكونُ إلاّ والميّتُ رَجُلٌ، بلِ المَسْأَلَةِ لا تَكُونُ إلاّ مِن أَرْبَعَةٍ وعَشْرِين حينئذٍ؛ لأنّه يُعْتَمَدُ قيامُ الثُّمُنُ.

واعلمْ أنَّ ما ذَكَرْنَاه من انقسامِ الأُصُولِ التسعةِ إلى ناقصٍ وتامٍّ وزائدٍ قَدْ تَخَبَّط فِيهِ جَمَاعَةٌ، تَقْسِيماً وتَفْسِيراً، والمُرْضِي الموافِقُ لقَوْلِ الحَسَابِ مَا بَيَّنّاه.

وقولُه في الكِتَابِ: «ومَعْنَى العَوْلِ الرَّفْعُ»، لو ذَكَرَ بَدَلَ الرَّفْعِ الارتِفَاعَ، لَكَانَ أَحْسَنُ.

قَالَ الأَزْهَرِيُّ وغَيرُه: فَسّرُوه بالارتفاعِ والزيادَةِ وقَالُوا: آلَتِ الفَرِيضَةُ أي ارتَفَعَتْ؛ مَأْخُوذٌ مِنْ قَوْلِهم عَالَ الميزانُ فَهُوَ عائلٌ إذا مالَ وارْتَفَعَ[2].

علَى أنَّ بَعْضَهم يقولُ: عالتِ الفريضةُ وأعالَها فيعد به.

وقولُه: «علَى وتيرَةٍ واحدةٍ» أي طريقةٍ، يُقَالُ ما زَالَ، ذَلِكَ علَى وَتِيرَةٍ واحدةٍ، والمرادُ حَتَّىٰ يدخلَ النُّقْصَانُ علَى الكلِّ على حدودٍ مُنَاسبةٍ وقولُه: كزوجٍ وأختينِ للزَّوجِ النِّصفُ وَهُوَ ثلاثةٌ مِن ستّةٍ، أي عِنْدَ عَدمِ العَوْلِ، والله أعلم.

هَذا تَمَامُ المُقَدِّمَاتِ.

أمّا التَّصْحِيحُ فَفِيهِ نَظَرَانِ:

---

(١) قال الحافظ: رواه أبو عبيد والبيهقي، وليس عندهما: أن ذلك كان على المنبر، وقد ذكره الطحاوي من رواية الحارث عن علي فذكر فيه المنبر.

(٢) ينظر: تهذيب اللغة (٣/ ١٩٥).

أحدُهُمَا: في تَصْحِيحِ فَرِيضَةِ الميِّتِ الواحِدَةِ.

والثَّاني: في التَّصْحِيحِ إذْ لَمْ تُقَسَّمْ تَرِكَةُ الميِّتِ حَتَّى ماتَ مِنْ وَرَثَتِهِ ثَانٍ وثَالِثٍ وأكثر، وتُعْرَفُ بـ«المُنَاسَخَاتِ» أمَّا النَّظَرُ الأَوَّلُ: فإنْ كَانَ الورثةُ كُلُّهم عَصَبَاتٍ، فَأَمْرُ القِسْمَةِ سَهْلٌ، وَقَدْ بَيَّنَّاه، وإنْ كَانُوا أصحابَ فُرُوضٍ، أَوْ كَانَ فيهم صاحبُ فرضٍ وعَرَفْتَ أَصْلَ المَسْأَلَةِ بِعَوْلِها إنْ كَانَتْ عَائِلَةً فالنظر في السِّهَامِ وأَصْحَابِهَا إنِ انقَسَمَتْ عَلَيْهِم جَمِيعاً خَفَّتِ المُؤنَةُ ولاَ حاجَةَ إلى الضَّرْبِ. وَذَلِكَ كَزَوْجٍ وثلاثةِ بنينَ فَهِيَ من أربعةٍ: للزَّوجِ الرُّبعُ والثَّلاثَةُ البَاقيةُ للبنينَ.

وكَزَوْجَةٍ وبنتٍ وثلاثةِ بَنِي ابنٍ، فَهِي من ثمانيةٍ؛ للزَّوْجَةِ واحدٍ وللبنتِ أربعةٌ والبَاقِي لَهُمْ.

وإنْ لمْ تنقَسِمْ؛ فإمَّا أنْ يقعَ الكَسْرُ على صنفٍ واحدٍ أو أكثر.

القسم الأول إذا وقع الكسر على صنف واحد[1] نُظِرَ في سِهَامِهِم وعددِ رُؤوسِهِم؛ إنْ كَانَا مُتَبَايِنَيْنِ ضُرِب عَدَدُ رؤوسهم في أَصْلِ المَسْأَلَةِ بَعَوْلِهَا إنْ كانتْ عائلةً، وإنْ كَانَا مُتوافِقَين ضُرِبَ جزءُ الوفق منْ عددِ رؤوسهم فِي أَصْلِ المَسْأَلَةِ بِعَوْلِها، فالحاصلُ علَى التَّقْدِيرَين تَصِحُّ منه المسألةُ.

مثالُ: التَّبَاين: زَوْجٌ وأَخَوَاتٌ وهِيَ مِن اثْنَيْنِ لِلزَّوْجِ واحدٌ يَبْقَى واحدٌ لا يصحُّ عليهما ولاَ موافقة فيضرب عَدَدِهِمَا مِن أصلِ المسألَةِ تَبْلُغُ أَرْبعةً مِنْها تَصِحُّ.

مثالُ: التَّوَافُقِ: أمٌ وأربعةُ أعمامٍ هِيَ من ثلاثةٍ؛ للأمّ واحدٌ يَبْقَى اثْنَانِ لا يَصِحُّ عَلَيْهِم، لَكِنَّ العَدَدَيْنِ مُتَوَافِقَانِ بالنِّصْفِ، فَتَضْرِبُ، نصفَ عدَدِ الأعمَامِ فِي أصْلِ المسألةِ تَبلُغُ ستّةً منها تَصحُّ.

وإذَا اتفق التَّوافُقُ مِن جزئين فصَاعِداً، ضَرَبْنَا أقلَّ أجزاءِ الفرضِ في عددِ الرؤوس في أَصْلِ المَسْأَلَةِ بعَوْلِها فما بَلَغَ مِنْه تَصِحُّ.

مثالُهُ: زَوْجٌ وأمٌّ وستَ عشر بنتاً، هِي من اثْنَا عَشَرَ، وتعُولُ إلى ثلاثةَ عشرَ: للبناتِ مَنْها ثمَانيةٌ لا تصحُّ عَلَيْهن، لكنَّ الثمانيةَ معَ عَدَدِهِن يَتَوَافَقَانِ بالنِّصفِ والرُّبعِ والثُّمنِ، فَنَأْخُذُ أقلَّ هَذه الأجزَاءِ من عددِ الرؤوس فَنَضْرِبُ ثمانية من أصْلِ المسألَةَ بِعَوْلِهَا تَبْلُغُ ستَّةً وعشرين مِنْهَا تصحُّ.

القِسْمُ الثَّانِي: إذَا وَقَعَ الكَسْرُ علَى أكثرَ مِن صنفٍ واحدٍ.

فإمَّا أن يقعَ علَى اثنَيْنِ أوْ ثلاثةٍ أَوْ أربعةٍ ولا مَزيدَ، لأنَّ الوَارِثِين في الفَرِيضة

(١) سقط في: ز.

الوَاحِدَةِ لا يزِيدُون علَى خَمْسَةِ أصنافٍ، لِمَا بَيَّنَّا فِي أَوَّلِ الكِتَابِ عِنْدَ اجتماعِ مَنْ يرثُ مِنَ الرِّجالِ والنِّساءِ أوْ أحدِ الصِّنفَيْنِ، ولا بُدَّ من صحَّةِ نَصِيبِ أَحَدِ الأصنَافِ عليه؟ لأنَّ أحدَ الأصنَافِ الخمسةِ الزَّوْجُ والأَبَوَانِ، والواحدُ يصحُّ علَيْهِ ما يصيبُه لا محالةَ فَلَزِمَ الحَصْرُ[١].

فإنْ وَقَعَ الكَسْرُ علَى صِنفَيْنِ، نَظَرْنَا في سهامِ كلِّ صِنْفٍ وَعَدَدِ رؤوسهم، ولَهُمَا أحوالٌ ثلاثةٌ:

الحالة الأولى: تَكونَ بينَ السِّهَامِ وعددِ الرؤوسِ موافقةٌ في واحدٍ منَ الصِّنفَيْنِ فتترك رؤوس الصِّنفَيْنِ بِحَالِها.

والحالةُ الثَّانِيَةُ: أن تكونَ بينَ السِّهامِ وعددِ الرؤوسِ مَوافَقَةٌ فِيهِما فترد عدد رؤوس كل صنف إلى جزء الوفق.

والحالة الثَّالِثَةُ: أنْ تكونَ بينَ السِّهامِ وعددِ الرؤوسِ موافَقَةٌ فِي أحدِهِمَا دونَ الآخَرِ، فترد عددَ مَنْ يوافق رؤوسهم سهامهم إلى أجزاء الوفق وَنَتْرُكُ عددَ الآخَرِين بحَالِه.

ثـمّ عدَدُ الرؤوس فِي الأَحْوَالِ مردُودِينَ أوْ أحدُهُمَا[٢] أوْ غيرِ مردُودِين إمَّا أنْ يتَمَاثَلا فتقربُ أحدَهُمَا في أصلِ المسْأَلَةِ بِعَوْلِهَا، أو يَتَدَاخَلا، فتضربُ الأَكْثَرَ منهما من أصْلِ المَسْأَلَةِ بِعَوْلِها أو يَتَوَافَقَا، فَنَضْرِبُ جزءَ الوفق مِنْ أحدِهِمَا أو أقلَّ جُزءِ الوفق أن يَتَوَافَقَا بجُزئين فِي جَمِيعِ الأَجْزاءِ، فما حصَلَ يُضربُ فِي أصل المَسْأَلَةِ بِعَوْلِها أو تباين فتضرب أحدهما في الآخَرِ فما حصل تضرب في أصل المسألة بعولها فَمَا بلغ منه تَصحُّ المَسْأَلَةُ. ويخرُجُ مِنْ هَذِهِ الأَحْوَالِ اثْنَا عشرَ مَسْأَلَةً، لأنَّ فِي كلِّ واحدةٍ مِنَ الأَحْوَالِ الثَّلاثةِ أربعَ حَالاَتٍ، والحاصلُ مِنْ ضَرْبِ ثَلاَثةٍ فِي أَرْبَعَةٍ اثْنَا عَشَرَ ولْنُوَضِّحْ أمثِلتَها:

أمثلةٌ: [**الحالةِ الأُولَى**: ثلاثُ بناتٍ وثَلاَثَةُ إِخْوَةٍ، ثلاثُ بناتٍ وستَّةُ إِخْوَةٍ، تِسْعُ بناتٍ وستَّةُ إِخْوَةٍ، ثَلاثُ بناتٍ وأَخَوَانٍ.

أمثلةٌ]: **الحالةِ الثَّانِيَةِ**: أَمٌّ وستَّةُ إخوةٍ لأُمٍّ واثْنَا عَشَرَ أُخْتاً لِأَبٍ مِنْ ستَّةٍ، وتعولُ إِلَىٰ سبْعَةٍ، للإِخْوَةِ سَهْمَانِ يُوافِقَانِ عَدَدَهُمْ بالنِّصْفِ، فيرد عَدَدَهُمْ إِلَىٰ ثَلاَثَةٍ، وللأَخَوَاتِ أربعةٌ، يُوافِقُ عددهُنَّ، النِّصْفُ والرُّبُعَ فيرد عددَهُنَّ إِلَىٰ ثَلاثَةٍ ردّاً إِلَىٰ أقل الوَفْقَيْنِ، فيتماثل العددان المردُودَانِ.

---

(١) ما ذكره من الحصر في الأربع في غير الولاء، أما الولاء المنجز فيتصور فيه أزيد من ذلك.

(٢) زاد في د: دونَ الآخَرِ فتردد عدد من يوافق سهامهم إلى جزء الوفق ويترك عدد الآخرين بحالهم.

أمٌّ وثمانيةُ إخوةٍ لأمٍّ وثمانِ أخواتٍ لأبٍ:

يرجعُ عددُ الإخوة إلى أربعةٍ، وعدد الأخَوَاتِ إلى اثْنَيْنِ؛ رَدّاً إلى أقلِّ الوَفْقَيْنِ وهما متداخلان.

أمٌّ واثنا عَشَرَ أخاً لأمٍّ وَسِتَّ عشْرَةَ أختاً لأَبٍ:

يرجعُ الإخوةُ إلَىٰ [ستة، والأخواتُ إلَىٰ أربعٍ، وهما متوافقان.

أمٌّ وستةُ إخوةٍ لأمٍّ وثمانِ أخَوَاتٍ لأب: يرجعُ الإخوة إلَىٰ][1] ثلاثةٍ، والأخواتُ إلى اثْنَيْنِ، وهما متباينان.

أمثلةُ الحالةِ الثالثة: الموافقة بين السِّهَام وعدد الرؤوس في الصِّنْف الأوَّل:

ستُّ بناتٍ وثلاثُ إخوةٍ من ثلاثةٍ: سهمان للبناتِ، وبينهما موافقةٌ بالنِّصْفِ، فيرجع عدَدَهُنَّ إلَى النِّصْف، ويماثل عدد الإخوة.

أربعُ بناتٍ وأربعُ إخوةٍ: يرجع عددُهُنَّ إلى اثنَيْن، ويتداخل العددان.

ثمانِ بناتٍ وستةُ إخوةٍ: يرجعُ عدَدُهَنَّ إلى أربعةٍ، ويتوافَقُ العَدَدَانِ بالنِّصْف.

أربعُ بناتٍ وثلاثةُ إخوةٍ: يرجعُ عدَدُهُنَّ إلى اثنَيْنِ ويتبايَنُ العدَدَانِ.

فإن وَقَع الكَسْر علَىٰ ثلاثةِ أصْنَافٍ أو أربعةٍ، نظرنا أوَّلاً في سهامِ كلِّ صِنْفٍ، وعدَدِ رؤوسهم، وحيثُ وجَدْنَا الموافقةِ رَدَدْنَا عدد الرؤوس إلَىٰ جزء الوفق، وحيث لم نَجِدْ بَقَّيْنَاهُ بِحَالِهِ، ثم يجيء في عدد الأصْنَاف الأحوالُ الأربعُ، فكلُّ عددَيْنِ متماثِلَيْنِ، نقتصر منهما علَىٰ واحِدٍ، فإنْ تماثَلَ الكُلُّ، اكْتَفَيْنَا بواحِدٍ، وضَربناه في أصْلِ المَسْأَلَةِ بِعَوْلها.

وكلُّ عددَيْن متداخلَيْن نقتصرُ منْهما علَىٰ الأكْثر، وإنِ اتَّفَقَ التداخُلُ بين الكُلِّ، اكْتَفَيْنَا بأكْثَرِهَا، وضربْنَاه في أصْل المَسْأَلة بِعَوْلها.

وكلُّ عدَدَيْن متوافقَيْن نَضْرِب وَفْق أحَدِهما في الآخَرِ، وإنْ توافَقَ الكلُّ فللْفَرَضِيِّينَ طريقان:

فالبَصْرِيُّونَ يَقِفُونَ أحدَهُمَا، ويردُّون ما عداه إلَىٰ جزء الوفق ثم ينظرون في أجْزَاءِ الوَفْق، فيكتفون عند التماثُلِ بواحِدٍ، وعند التداخُلِ بالأكْثَرِ، وعند التوافُقِ يضربُونَ جزء الوَفْق من البَعْض في البعض، وعند التبايُن نضربُ البَعْضَ في البَعْضِ، ثم يضربُونَ الحاصلَ في العَدَد الموقُوفِ ثم ما حَصَل في أصْل المسْأَلَةِ بِعَوْلها.

(١) سقط من: د.

والكوفيُّونَ يقفون أحَدَ الأعْدَاد ويقابِلُون بيْنَه وبيْن عددٍ آخَرَ، ويضربون وفْقَ أحَدِهما من جميع الآخَرِ، ثم يقابلون الحاصلَ بالعَدَد الثّالث، ويضربون وَفْق أحدَهما من جميع الآخَرِ، ثم يقابلون الحَاصِلَ بالعدد الرابع، ويضْرِبُون وَفْق أحَدِهما في جميع الآخَرِ، ثم يضربون الحاصِلَ في أَصْل المَسْأَلة بعَوْلِهَا.

وتسمَّى صور توافق الأعْدَاد «المسائِل المَوْقُوفَات».

وإنْ كانت الأعدادُ متباينةً، ضَرَبْنَا عدداً منْها في آخر [ثم] ما حصل في ثالثٍ ثم ما حصَل في الرّابع، ثم ما حصل في أصْلِ المَسْأَلة [بِعَوْلِهَا]، وإنْ شئْنا ضرَبْنَا أحدَهُمَا في أصْل المَسْأَلة بِعَوْلها، ثم ما حصَلَ في الثاني ثم في الثالِثِ ثم في الرّابع.

وإذا لم يكُنْ بيْن السِّهام [و] عَدَد الرؤوس [ولا بيْن أعداد الرؤوس] موافقةٌ، سُمِّيَتِ المسألةُ «صَمَّاء».

واعلم أنّا لو حاوَلْنَا أستيعاب هذه الأحْوَال بالأَمْثِلة، لطَالَ الشُّغْل، وقَلَّ النزل، فنقتصرُ علَى الأهَمِّ، ونرجو أن يتَّضِحَ به الباقِي:

ثلاثُ جَدّاتٍ وثلاثُ أخواتٍ لأبٍ وستةُ إخوةٍ لأمٍّ:

هي مِنْ ستَّةٍ، وتعولُ إلَىٰ سبعة، [و] لا موافقة في الجَدّات والأخوات بيْن السهام والرؤوس، وفي الإِخوة موافقةٌ، فيُرَدُّ عددُهُمْ إلى ثلاثةٍ، وحينئذٍ تتماثلُ الأعدادُ، فنقتصرُ منها علَىٰ واحد، يضربُ في ثلاثةٍ في المَسْأَلة بعَوْلِهَا، يحْصُلُ أحدٌ وعشرون، منها تصحُّ.

ستُّ أخواتٍ لأبٍ وأربعُ زوْجَاتٍ وأربعٌ وعشْرُونَ جَدَّةً وأربعةٌ وعشْرُونَ أخاً لأمٍّ:

هي مِنِ أثْنَيْ عَشَرَ، وتعول إلَىٰ سبعةَ عَشَرَ، ويرجع عدد الأخوات للأب والجَدَّاتُ إلى النِّصْف، وعَدَدُ الإخوةِ إلَى الرُّبُع؛ للموافقة بيْن السهام وعدد الرؤوس، فيحصُلُ ثلاثةٌ وستةٌ واثنا عَشَرَ وأربعةٌ، هي عدد الزَّوْجَاتِ، وهي كلُّها داخلةٌ في الأثْنَيْ عَشَرَ، فنضربُ أثْنَيْ عَشَرَ في أصْل المَسْأَلة بعَوْلها، تبلغ مائتين وأربعةً، منْها تصحُّ.

ستّ جداتٍ وتسْعُ بناتٍ وخمسةَ عَشَرَ أخاً: وهي مِنْ ستة، ولا موافقةَ بين السهام وأعداد الرؤوس، لكنَّ أعداد الرؤوس متوافِقَةٌ.

فعلَىٰ طريقةِ البَصْرِيِّينِ نقفُ منْها ستَّةً مثلاً، ونقابل بينها وبين التِّسعةِ، فنجدهما متوافَقَيْنِ بالثُّلُث، فتَرْجِعُ التسعة إلى ثلاثةٍ، ثم نقابِلُ بيْن السِّتَّة والخمسةَ عَشَرَ، فترجع هي إلى خمسةٍ، فنجد جُزْءَي الوفْقِ متبايِنَيْنِ، فنضربُ أحدَهُما في الآخَرِ، تكون خمسةَ عَشَرَ، تضربها في العَدَدِ الموقُوفِ يكُونُ تِسْعِينَ، نضربُهَا في أصْل المَسْأَلة، تبلُغ خَمْسَمَائَةٍ وأربَعين.

وعلى طريقة الكُوفِيِّينَ: إذا وَقَفْنَا السِّتَّةَ، وقابَلْنَا بها التِّسْعة، ضربْنا وَفْقَ أحدِهِمَا في الآخرِ تبلغ [ثمانيةَ عَشَرَ، نقابل بينهما وبيْن الخمسةَ عَشَرَ، ونضرب وَفْق أحدِهِمَا في الآخَرِ، تبلغ][١] تِسْعِين؛ نضربُهَا في أصْل المَسْأَلة.

ستُّ جداتٍ وثلاثُونَ أخاً لأمٍّ وأربَعُونَ أُختاً لأَبٍ.

نصيبُ الإخوةِ يوافِقُ عدد رؤوسهم بالنِّصْف، فيرجعُ إلَىٰ خمسَةَ عشَرَ، ونصيبُ الأخَوَاتِ يوافِقُ عَدَدَهُنَّ بالرُّبع، فيرجعُ إلَىٰ عَشَرة، فمعنا إذن: ستةٌ، وخمسةَ عَشَرَ، وعشَرَةٌ، فتقفُ السِّتة، ونقابلُ بها خمْسَةَ عَشَرَ، فيرجع إلىٰ خمسةٍ، [لموافقتهما بالثلث، وعشرة فيرجع إلى خمسة][٢] لموافقتهما بالنِّصْف، فَقَدْ تماثَلَ الراجِعَانِ، فنكتفي بأحَدِهِما، ونضرِبُه في السِّتَّة الموقوفة، تبلغُ ثلاثِينَ، نضرُبها في أصْل المَسْأَلة بعَوْلِهَا تبلغ مائتَيْن وعشرةً، منها تصحُّ على طريقة البَصْرِيِّينَ.

وعَلَىٰ طريقةِ الكُوفِيِّينَ: إذَا وقَفْنا السِّتَّةَ، وقابَلْنَا بها الخَمْسَةَ عَشَرَ، ضَرَبْنَا وَفْقَ أحدِهِمَا في الآخَرِ، تبلغ ثلاثين، ثم نقابل وبينها وبين العشرة، فنجد العَشَرَةَ داخلةً في الثلاثين، فنكتفي بالثلاثين ونضربها في المسألة.

إحدَىٰ وعشرُون جدةً وخمسٌ وثلاثُونَ بِنْتاً وثلاثُونَ أُختاً لأب:

نَقِفُ الواحدةَ والعِشْرِين ونَرُدُّ الخمْسَةَ والثَّلاثِينَ إلَىٰ سبعها لموافَقَتِها بالسّبع، ونَرُدُّ الثلاثِينَ إلَىٰ ثلثها؛ لموافَقَتِها بالثُّلُث، فيحصُلُ معنا خمسةٌ وعشرَةٌ، والخمْسَةُ داخلةٌ في العشرة، فنضرب العشَرَةَ في العدَدِ الموقُوفِ، تبلغ مائتَيْنِ وعشرَةً، نضربها في أصل المسألةِ، تبلغ ألفاً ومائتَيْنِ وسِتِّينَ، منها تصحُّ.

والكوفيُّون يضرِبُونَ وَفْقَ أحد العددَيْنِ من الواحِدِ والعشْرين والخمسةِ والثَّلاثين في الآخَرِ، تبلغ مائةً وخمسةً، وهي مع الثلاثِينَ يتوافَقَانِ بأجزاءِ خمْسَةَ عَشَرَ، فيأخذون وفْقَ الثلاثين، وهو اثنانِ، ويضربُونَها في المَائَةِ والخَمْسَةِ، تبلغ مائَتَيْنِ وعَشَرةً، يضربونها في أصْل المَسْأَلَةِ.

زوجٌ وثلاثُ وستُّونَ جَدَّةً وسبعون أخاً لأمٍّ وخمسةٌ وسبْعُونَ أُختاً لأبٍ المسألة من ستة، وتعول إلَىٰ عشرَةٍ، تَقِفُ الخمسةَ والسبعين فالخمسة والثلاثون توافقُها بالخَمْس، فترجع إلَىٰ سبعة، والثلاثةَ والستُّون بالثلث، فنرجع إلَىٰ أحدٍ وعشْرِين، فيحصل معنا سبعةٌ وأحد وعشْرُون، وهما متوافِقَانِ بالسُّبْع، فنضرب سبع أحدهما في الآخر، تبلغ اثنين وأربعين، نضربها في العدد المَوْقُوف، وهو خمسةٌ وسبعون، تبلغ ثلاثة آلاف

---

(١) سقط من ز.
(٢) سقط من: ذ.

ومائة وخمسين، نضربها في أصل المسألة بِعَوْلها، تبلغ أحداً وثلاثين ألفاً وخمسمائة، منْها تصحُّ.

واعْلَمْ أنَّ فيما ذكرناه مِنَ الأعْدَادِ المتوافِقَةِ لا فَرْقَ بيْن عددٍ وعددٍ، بل تَقِفُ أيها شئْتَ، والعدد الذي تصحُّ منه المسألةُ بَعْدَ تمام العَمَلِ لا يختلفُ، وإنِ اتَّفقَ اختلافُ، فاسْتَدِلَّ به على الغَلَط، وإنْ وافَقَ أحَدَ الأعدادِ الثلاثَةِ الآخرين، والآخَرَانِ متباينان. فلا يجوزُ أنْ تَقِفَ إلاَّ الذي يوافِقُهُما، ويسمى هذا الموقُوفُ المُقَيَّد[1].

مِثَالُهُ:

أربعُ جداتٍ وستٍ وخمسون أختاً لأبٍ وأحدٌ وعشرُون أخاً لأمٍّ:

وهي من ستَّةٍ، وتعولُ إلَىٰ سبعةٍ، ويرجع نصيبُ الأخوات إلَىٰ أربعَ عَشَرَ؛ لأن سهامَهُنَّ يوافِقُ عددهُنَّ بالربع، فيحصل معنا أربعةٌ وأربعةَ عَشَرَ وأحدٌ وعشْرُون والأربعةَ عَشَرَ توافق الأربعةَ بالنِّصْف، والأحَدُ والعشرين بالسبع، فنقف الأربَعَةَ عَشَرَ، ونرد الأربعةَ إلى اثنَيْنِ، والأحد والعشرين إلَىٰ ثلاثة، ونضربُ أحدَهُما في الآخَرِ، تكون ستة، تضربها في الأربعةَ عَشَرَ الموقوفةِ، تبلغ أربعةً وثمانين، نضربها في أصْلِ المسألة بعَوْله، تبلغ خَمْسَمَائةٍ وثمانيةً وثمانِينَ، منها تصحُّ المسألة.

زوجتان وثلاثُ جَدَّاتٍ وخمسُ أخواتٍ لأبٍ، وسبْعٌ لأم:

هي مِنِ اثْنَيْ عَشَرَ، وتعولُ إلَىٰ سبعةَ عَشَرَ، ولا موافقة بين السِّهام ولا بين أعداد الرؤوس، فنضرب اثنَيْنِ في ثلاثةٍ، تكون ستَّةً، نضربها في خمسة، تكون ثلاثين، نضربها في سبْعةٍ، تكون مائتَيْنِ وعشرة، نضربُها في أصْلِ المسألةِ بعَوْلها، تبلغ ثلاثةَ آلافٍ وخَمْسَمَائةٍ وسِبْعَين، منها تصحُّ.

هذا بيانُ التصحيح، فإذا فَرَغْتَ مِنْه، وأردتَّ أنْ تَعْرِفَ نصيبَ الصِّنْفِ كلِّ واحد من مما حصل من الضَّرب فلَهُ طرقٌ:

---

(١) قال الشيخ البلقيني: وقف المقيد يتفرع على الطريقين، فعلى طريقة البصريين إذا اجتمع معنا تسع أخوات وأربع زوجات وست عمات أشقاء مثلاً فالستة توافق التسعة بالثلث والأربعة بالنصف فتوقف الستة وترد الأربعة إلى نصفها وهو التسعة بالثلث والأربعة بالنصف فتوقف الستة وترد الأربعة إلى نصفها وهو اثنان والتسعة إلى ثلثها وهو ثلاثة ثم ينظر بين الوقفين فتجدهما متباينين فتضرب أحدهما في الآخر تبلغ ستة ثم تضرب الستة في العدد الموقوف وهو ستة تبلغ ستة وثلاثين. وعلى طريقة الكوفيين توقف الستة وتقابل بينهما وبين التسعة مثلاً ثم تضرب وفق أحدهما في كامل الآخر فيبلغ ثمانية عشر ثم تقابل بين العدد المذكور وهو ثمانية عشر وبين الأربعة فالموافقة بينهما بالأنصاف بضرب نصف أحدهما في كامل الآخر تبلغ ستة وثلاثين.

أشهَرُها وأحقُّها: أن تضرب نصيب كلِّ صِنْفٍ من أصْلِ المَسْأَلَةِ في العددِ المَضْرُوبِ في المَسْأَلَةِ، ويعرف بعدد المنْكَسِرِينَ، فما بلغ، فهُوَ نصيبُ ذلك الصِّنْفُ، وإذا قَسَّمْتَ المبْلَغَ علَىٰ عدد رؤوسهم، فالخَارِجُ من القِسْمَةِ نصيبُ كُلِّ واحدٍ من الصِّنْفِ. **مِثَالُهُ**: زوجَتَانِ وأربَعُ جَدَّاتٍ وستُّ أخواتٍ لأبٍ:

هي من أثْنَيْ عشَرَ، وتعولُ إلَىٰ ثلاثةَ عَشَرَ، ويرجعُ عددُ الجدات إلى اثنين، وعدد الأخواتِ إلَىٰ ثلاثةٍ، فيحصل اثنان واثنان وثلاثة، تسقط أحد المتماثلَيْنِ، وتضرب الآخر من ثلاثةٍ، تكون ستةً، تضرب في أصل المسألةِ بعَوْلها، تبلغ ثمانيةً وسبعين، كان للزوجين من أصل المسألة ثلاثةٌ، فتُضْرِبُ في ستةٍ تبلغ ثمانيةَ عشَرَ، فهو نصيبهما، وإذا قُسِّم ذلك علَىٰ عدد رؤوسهما، خرج تسعةٌ، وكان للجَدَّات سهمان، تُضْرَبُ في ستةٍ، تبلغ اثنَيْ عَشَرَ، وإذا قُسِّم عليهن، خَرَج ثلاثةٌ، وكان للأخواتِ ثمانيةٌ، تضرب في ستَّةٍ، تبلغ ثمانيةً وأربعين، يقسم على عددِهِنَّ تخرج ثمانية.

الثاني: تقسَّم سهام كلِّ صنْفٍ من أصْل المسألة علَىٰ عدد رؤوسهم، فما خَرَجَ من القِسْمة، يُضرَب في المضْرُوب في أصْل المَسْأَلة، فما حصل، فهو نصيبُ كلِّ واحدٍ من الصِّنْف.

ففي المثال المذْكُور يُقسَّم نصيبُ الزوجَيْنِ على عدد رؤوسِهِما، يخرج من القسْمة سهْمٌ ونصف، تضربُ في الستَّةِ المضْرُوبَةِ في المَسْألة، تبلغ تسعةً، فهي نصيبُ كلِّ واحدةٍ منهما، ويُقَسَّم نصيبُ الجداتِ علَيْهِنَّ، نخرج من القسْمة نصْف سهم، يُضْرَبُ في الستة، تكون ثلاثةً، فهو نصيبُ كلِّ واحدٍ منهما، ويُقَسَّم نصيبُ الجَدَّاتِ عليهن، يخرج من القسْمة نصْفُ سهم، يضربُ في الستَّةِ، تكونُ ثلاثةً، فهي نصيبُ كلِّ واحدةٍ منهن، وعلى هذا، فقِسِ [الأخوات].

الثالثُ: يُقسَّم العدد المضْرُوب في المَسْأَلة علَىٰ عَدَدِ رؤوس كل صِنْفٍ منهم، فما خَرَجَ علَى القِسْمة، نضربُهُ في نصيب ذلك الصِّنْف، فما بَلَغَ، فهو نصيبُ الواحِدِ من ذلك الصِّنْف. ففي المثالِ المذْكُور: تُقسَّم الستَّةُ على عدد رؤوس الزوجتين، تخرج من القسمة ثلاثةٌ، نضربها من نصيبِ الزوجتين من أصْل المسألة، وهو ثلاثةٌ، تبلغ تسعةً، فهو نصيبُ كلِّ واحدةٍ منهما.

وعلى القياس.

الرابع: نقابلُ بَيْن نصيبِ كلِّ صنْفٍ وعدد رؤوسهم ونضبط النسبة بينهما، وتأخذ بتلك النِّسْبة في العَدَدِ المَضْروب في المَسْألةِ، فهو نصيبُ كلِّ واحدٍ من ذلك الصِّنْف.

ففي المثالِ المَذْكُور: نصيبُ الزوجَتَيْن ثلاثةٌ، وهما اثنان، والثلاثةُ مثْلُ الاثْنَيْنِ،

ومثل نصْفِهِما، فنأخذ مثل العدد المضْرُوب في المسألة، ومثل نصفه وهو تسعةٌ، فهو نصيبُ كُلِّ واحدةٍ منهن، ونصيبُ الأَخَوَاتِ ثمانيةٌ، وعدَدُهن ستةٌ، والثمانيةُ مثلُ السِّتَّةِ، ومثلُ ثلُثِها، فلكلِّ واحدةٍ منهما مثْلُ العَدَدِ المضْرُوب، ومثلُ ثُلُثِهِ، وهو ثمانيةٌ، [وعددهُنَّ ستةٌ] ونصيبُ الجدات سهمانِ مِثْلُ نصْفِ عددِهِنَّ، فلكلِّ جدة منهما نِصْفُ العدد المضْرُوب في المسألة.

الخامس: ويُعْرَفُ به نصيبُ كلِّ واحدٍ من الورثَةِ قَبْلَ الضَّرْب والتصحيح إن كان الكَسْرُ علَىٰ صِنْفٍ واحدٍ، فانظر: إن لم يوافِقْ سهامهم عددهم، فيصيبُ كُلِّ واحدٍ منهم بعدَدِ سهام جميع الصِّنْف منْ أصْل المَسْأَلَةِ؛ ونصيبُ كلِّ واحدٍ من الأصْنَاف الذين لَمْ يَنْكَسِر علَيْهم سهامهم بعَدَدِ رؤوس المنْكَسِر عليهم، إن كان لكلِّ واحدٍ منهم سهْمٌ واحدٌ، وإن كان أكْثَرَ منْ سَهْمٍ، ضَربَ ما لكلِّ واحدٍ منهم من أصْل المَسْأَلةِ في عَدَد المنكسر عليهم، فما حصل، فَهُو نصيبُ كلِّ واحدٍ منهم، وإنْ وافق سهامَهُم عددهم، فنصيبُ كلِّ واحدٍ من المنْكَسِر علَيْهم بعَدَدِ وَفْق سهامهم من أصل المسألَةِ، ونصيبُ كلِّ واحدٍ ممن لَمْ يَنْكَسِر عليهم سهامهم وفق عدد رؤوس المنكسر عليهم؛ علَىٰ ما ذكرنا.

المثال الثالث:

زوجٌ وأخوانِ لأمٍّ وخمْسُ أخواتٍ لأبٍ:

تعول من ستةٍ إلَىٰ تسْعةٍ، وتصحُّ من خمسةٍ وأربعين، ونصيبُ كلِّ أخت بعدد سهام جميعِهِنَّ منْ أصْل المَسْأَلَةَ، وهو أربعةٌ، ونصيبُ كلِّ واحدةٍ من الأخوَيْن خَمْسَةٍ بِعَدَدِ، رؤوسِ الأخوات المنكسر عليهن، ونصيب الزوْجِ خمسةَ عَشَرَ؛ لأنه كان له أكْثرُ مِنْ سهْمٍ واحدٍ، وهو ثلاثةٌ، فتضربُ في عدد رؤوسهن، لو كان عدد الأخواتِ عَشَرَةً، وافق سهَامَهُنَّ عددَهُنَّ بالنِّصْف، فترد عدَدَهُنَّ إلى النصف، ويكون نصيبُ كلِّ واحدةٍ بِعَدد نِصْفِ ما لجميعهن من أصْل المَسْأَلة، وهو اثنان، ويكونُ لكُلِّ واحدٍ من الأخوَيْنِ خمسةٌ نصْف عدد رؤوس الأخوات، وللزوج ثلاثةٌ مضروبةٌ من نصف عدَدِ رؤوسهن.

وإن كان الكَسْر علَىٰ صِنْفَيْنِ، ولم يكُنْ بين السِّهَام وعدد الرؤوس موافقةٌ، أو كانتْ، وَرَدَدْتَ عدد الرؤوس إلى الوَفْق، فانْظُرْ في عدَدَ الرؤوس، [ولهما أحوال الثلاث][(١)].

الحالةُ الأولَىٰ: إنْ كانا متباينَيْنِ، فالحاصلُ مِنْ ضَرْبِ كلِّ واحد من الصِّنْفَيْنِ في سهام الصنف الآخَرِ من أصل المسألة، وهو نصيبُ كلِّ واحدٍ من الصِّنْفِ المضْرُوب في

---

(١) في ز: ولها ثلاثة أحوال.

سهامِهِمْ، والحاصلُ من ضَرْب عَدَدِ أحد الصنفَيْنِ في الآخَرِ، إذا ضربْتَهُ من نَصِيب الواحِدِ مِنَ الَّذين لم ينكَسِرْ عليهم سهامُهُم، كان المبلغُ نَصِيبَ ذلكَ الوَاحِدِ من ذلك الصِّنْف. المثال: خمْسُ بناتٍ وأربعُ زَوْجَاتٍ وأربعُ جَدَّاتٍ وأخٌ لأبٍ:

هِيَ مِنْ أربعةٍ وعشرِينَ، وتصحُّ مِنْ أربَعِمِائَةٍ وثمانِينَ، والكسر في البنات والزَّوْجَاتِ، ولا موافَقَةَ بين عددَيْهِما، فإذا ضَرَبْتَ عدد رؤوس البنات في سِهَامِ الزَّوْجات، حَصَل خمْسَةَ عَشَرَ، فهو نصيب كلِّ واحدةٍ من الزَّوْجَاتِ، وإذا ضربْتَ عددَ رؤوس البنات الزوجات من سهام البنات، حَصَل أربعةٌ وستُّونَ، فهو نصيبُ كلِّ واحدةٍ من البنات، وإذا ضربْتَ عدد رؤوس في الزَّوْجَاتِ، حصل عشْرُونَ، فإذَا ضربت في نصيب كلِ واحدة من الجدات كان عشرين؛ لأن لكل واحدة واحد فهو نصيب كلِّ واحدةٍ منْهُنَّ، وكذلك نصيبُ الأخِ، ولو كان بَدَلَ الأربع جدَّتَانِ، ضربْتَ العشْرِينَ في اثنَيْنِ، فالحاصلُ نصيبُ كلِّ واحدةٍ منهما.

الحالةُ الثانيةُ: إذا كان عدد الرؤوس متوافَقَيْنِ، سواءٌ تداخلا أم لا، فإذا ضربْتَ وَفْقَ أحد العدَدَيْنِ في سهامِ الآخَرِ، كان الحاصلُ نصيبَ كلِّ واحِدٍ من الصِّنْف المضْرُوب في سهامِهِمْ، وإذا ضربْتَ وَفْقَ أحدهما في جميع الآخر، ولا تدَاخُلَ بينهما، وضربْتَ ما حصَلَ في نَصِيبِ الوَاحِد من الَّذِينَ لم ينكَسِر عليهم سهامُهم، كان الحاصلُ نصيبَ الوَاحِدِ، من ذلك الصِّنْفِ، وإنْ تداخَلاَ، ضربْتَ أكثرهما في النَّصِيبِ، فما حَصَل، فهو نصيبُ الواحِدِ منهم.

المثالُ: زوْجٌ وتسعةُ إخوة لأمٍّ وخمسةَ عَشَرَ أُخْتاً لأبٍ: هي من ستَّةٍ، وتعول إلَىٰ تسعة، وتصحُّ من أربعَمِائَةٍ وخمسْةٍ، تضرب وَفْقِ عدد الإخوة في سهام الأخوات تكون اثْنَيْ عَشَرَ، فهو نصيبُ كُلِّ أختٍ ووفق عدد الأخواتِ في نصيبِ الإخوة، تكون عشرة، فهو نصيبٌ كل أخٍ وَفْقِ أحَدهِمَا في جميعِ الآخَرِ، تبلغ خمسةَ وأربَعِينَ، تضربُهُ في سهام الزَّوْجِ، وهيَ ثلاثةٌ تبلغ مائةً وخمسْةً وثلاثِينَ، فهو نصيبُ الزَّوْجِ، فإنْ كانَ عدَدُ الإخوة اثْنَيْ عَشَرَ وعدد الأخَوَاتِ ستةَ عَشَر، فالسهام توافِقُ الأعداد، فترجع عددُ الإخوةِ إلَىٰ ستَّةٍ وعدد الأخوات إلَىٰ أربعةٍ للموافقةِ في الرُّبُعِ، وبَيْن العددَيْنِ موافقةٌ بالنِّصْف، فتصحُّ المسألةِ مِنْ مائة وثمانيةٍ، وإذا ضربْتَ وَفْق الراجع من عدد الإخوة، وهو ثلاثة، في وَفْقِ سهامِ الأخَواتِ، وهو واحدٌ؛ [لأن سهامهم [وافق عددهم بالربع، كان الحاصلُ ثلاثةً، وهو نصيبُ كلِّ أختٍ، وإذا ضربْتَ وَفْقَ الراجعِ من عدَدِ الأخواتِ، وهو اثنان، في وَفْقِ سهام الإخوة][1] وهو واحدٌ][2]، كان الحاصَلُ اثنَيْنِ، وهو نصيبُ كِلِّ أخٍ،

(١) سقط من: ب. (٢) سقط من: د.

وإذا ضربْتَ وفق أحد الراجعين في جَمِيعِ الآخَرِ، حصل اثنا عَشَرَ، فإذا ضربْتَهُ في سهامِ الزَّوْجِ من الأصْلِ، حصل ستَّةٌ وثلاثون، وهو نصيبُ الزوج.

الحالة الثالثة: إذا كان عدَدُ الرؤوس متماثَلَيْنِ، فنصيب كلِّ واحدٍ من كل صنف بعدد ما كان لجميعهم من أصل المسألة، ونصيب كل واحد ممن لم ينكسر عليهم سهامهم هو الحاصل من ضرب ما كان له في عدد أحد الصنفين المنكسر عليهم سهامهم.

المِثَالُ: خمْسُ بنَاتٍ، وخَمْسُ جدَّاتٍ وأَخٌ:

[هي] مِنْ ستَّةٍ، وتصحُّ من ثلاثِينَ ونَصيبُ كلِّ واحدةٍ مِنَ البَنَاتِ مثْلُ ما كان لجميعهِنَّ، وهو أربعةٌ، ونصيبُ واحدةٍ من الجدَّات مثْلُ ما كان لجميعِهِنَّ، وهو واحدٌ، ونصيبُ الأَخِ هُو الحاصِلُ منْ ضَرْبِ ما كَانَ له في خَمْسَةٍ، وهو خمسةٌ، وإنْ كان الكَسْرُ علَىٰ ثَلاثةِ أصنافٍ، فانظر: إن كانت أعْدَادُ الرؤوسِ متباينةً، فأفرز الصِّنْفَ الَّذِينَ تريد أن تَعْرِف نصيبَهُمْ، واضرِبْ أحَدَ العَدَدَيْنِ الآخَرَيْنِ فِي الآخر، فما بلغ، فاْضرِبْه في نصِيبِ الصِّنْفِ الَّذِين أفْرَزْتَهُمْ، فما بلغَ، فَهُوَ نصيبُ كلِّ واحدٍ منهم، [واضربْ عدَدَ رؤوسِ الأصْنَافِ الثلاثةِ بَعْضهم في بَعْضٍ، فما بلغ، فاْضرِبْه في نَصِيبِ مِنَ انْقَسَمَ علَيْهم نصيبُهم مِنْ أصْل المَسْألَة، فما بلغ، فهو نَصِيبُ كُلِّ واحدٍ منهم][1].

المثال: أربعُ زَوْجَاتٍ، وثلاثُ جَدَّاتٍ، وخَمْسُ بناتٍ، وأختٌ لأَبٍ: هِيَ مِنْ أربعةٍ وعِشْرِينَ، وتصحُّ من ألْفٍ وأربعمائةٍ وأربَعِينَ، فإذا أردتَّ [أن تعرف] نصيبَ الزَّوْجَاتِ، فأفْرزْهُنَّ، واْضرِبْ عدَدَ رؤوس البناتِ في عَدَدِ رُؤُوسِ الجَدَّاتِ؛ تبْلُغ خمْسةَ عَشَرَ، أضربْهُ في نصيب الزوجَاتِ في الأَصْلِ، تبلغْ خمسةً وأربعينَ، فهو نصيبُ كلِّ واحدة منهنَّ، وإذا أردتَّ نصيبَ الجَدَّاتِ، فأفرزهن، واضربْ عدد الزَّوْجات في البناتِ، تَبْلُغ عِشْرِين، اضْرِبْه في نصيبِ الجَدَّاتِ، تبلُغْ ثمانِين، فهو نصيبُ كلِّ واحدةٍ منهن، وعلىٰ هذا القياسِ، حُكْمُ البنات.

واضْرِبْ ـ لمعرفةِ نَصِيبِ الأُخْتِ ـ عدَدَ الأصْنَافِ المنكسر عَلَيْهم بعْضهم فِي بَعْضٍ، تبلغْ سِتِّين، أضْرِبْهُ في نصيبها مِنْ أصْل المَسْألَة، وهو واحدٌ يكُونُ سِتِّينَ، فهو نصيبُهَا.

فإن كانَتِ الأعدادُ متوافقةً أو متماثلةً، فالعملُ علَىٰ قياسِ ما ذكرنَاهُ، في الكَسْرَيْنِ، وصورةُ التّماثُلِ هيِّنةٌ.

---

(١) سقط من: ب.

وأما التوافُقُ، فَكَتِسْعِ بناتٍ، وسِتِّ جَدَّاتٍ، وخَمْسَةَ عَشَرَ أخاً لأَبٍ: هي مِنْ ستَّةٍ، وتصحُّ من خَمْسَمَائَةٍ وأَرْبَعِينَ:

إذا أَرَدْتَّ أنْ تَعرِفَ نصيبَ البَنَات، فأفرزهن، واضْرِبْ وَفْقَ أحد الصنفين مِنَ الجَدَّاتِ والإِخْوة في وَفْق الآخر تكُون عَشَرَةً، تُضْرَبُ في نصيبِ البَنَات، تبلُغُ أربعينَ، فهو نصيبُ كلِّ واحدةٍ، منْهنَّ وكذلك تفرز الجَدَّاتِ، وَتَضْرِبُ وَفْق أحَدِ الصِّنْفَيْنِ الآخَرَيْنِ في وَفْق الثاني فتكون خَمْسَةَ عَشَرَ، تضربُ في نصيبِ الجَدَّات، تكون خَمْسَةَ عَشَرَ؛ فهو نصيبُ كلِّ واحدةٍ منهنَّ، وتفرز الإِخوة، وتضْرِبُ وَفْق أحد الآخَرَيْنِ في وَفْق الثَّانِي تكُونُ ستَّةً تَضْرِبُها في نصيبهم، تكون كذلك، فهو نصيبُ كُلِّ واحدٍ منهم والله أعْلَمُ بالصَّوَاب.

النَّظَرُ الثَّانِي: في المنَاسَخَاتِ:

[أمَّا] إذا ماتَ عَنْ جماعةٍ منَ الوَرَثَةِ، ثُمَّ مَاتَ أحَدُهُمْ قَبْلَ قِسْمَةِ التَّرِكَةِ فَلِلْمَسْأَلَةِ حَالَتَانِ:

الحالَةُ الأُولَىٰ: أن تَنْحَصِرَ ورثةُ المَيِّت الثاني في البَاقِينَ. ويكونُ الإرْثُ من الثَّاني علَىٰ حَسب إرْثِهِمْ من الأوَّل، فنجعل كأَنَّ الميِّت الثاني لم يكُنْ، ونقسِّم التَّرِكَةُ علَى الباقِينَ، ويُتصوَّر ذلك فيما إذا كان الإرْثُ عنهما بالعُصُوبة كَمَنْ مات عَنْ إخوةٍ وأَخَوَاتٍ من الأبِ، ثم مَاتَ أحَدُهُمْ عَنِ الباقين، أو عنْ بَنِينَ وبَنَاتٍ ثم مات أحَدُهُمْ، وخلَّف الإِخوة والأَخَوَاتِ، وفيما إذا كان الإرْثُ عنهما بالفرضية، كما إذا ماتت عن زَوْجٍ وأمٍّ وأخواتٍ مختَلِفَاتِ الآبَاءِ، ثم نَكَحَ الزَّوْجُ إحداهُنَّ، فماتت عن الباقين، وفيما إذَا كان بعْضُهُم يَرِثُ بالفرضية وبعضهم بالعُصُوبَةِ، كما إذا مات عنْ أمٍّ وإخوةٍ لِأُمٍّ، ومُعْتِقٍ، ثم مات أحَدُ الإِخوة عن البَاقين. ولا فَرْق بيْن أن يرث كلُّ الباقين من الثاني أو بعْضهم؛ كما إذا مات عن زوْجَةٍ وبَنِين، وليست الزوجَةُ أُمَّ البنين، ثم مات أحدُ البنين عن الباقِينَ.

الحالة الثَّانِيَةُ: ألاَّ يكونَ كذَلِكَ بألا تنحَصِر ورثةُ الثَّاني في الباقِين، إمَّا لأن الوارِثَ غيْرهم، أو لأنَّ غيرهم يَشْرَكُهم، أو تنحصر، إلاَّ أنَّ مقاديرَ الاستحقَاقِ أو بعْضها تَتَفَاوَتُ، فنصحح مسألتيِ الأوَّل والثَّانِي جميعاً، ونُنْظِرَ في نصيب الثَّاني من مَسْألة الأوَّل، فإنِ انقَسَم نصيبُه علىٰ مسألَتِهِ، فذاك، وإلاَّ، فنقابل نصيبه بمَسْأَلتِهِ المصحَّحة، إنْ كان بَيْنهما موافقةٌ ضرب أَقَلِّ جزء الوَفْق من مسْأَلته في مسْأَلةِ الأوَّل، وإن لم يكن ضرب جميعُ مسْأَلتِهِ في مَسْأَلة الأوَّل، فما بَلَغ، تصحُّ منه المسأَلَتَان.

وإذَا أَرَدتَّ معرفةَ نَصِيبَ كلِّ واحدٍ من الورثة، مما حَصَل من الضَّرْب، فاْعلَمْ أنَّ [مِنَ] له شيء من المسْألة الأُولَىٰ يأْخُذُه مضْروباً فيما ضربته في المَسْألة الأُولَىٰ، وهو

تمامُ المَسْأَلة الثَّانية أوفقها ومَنْ له شيْءٌ من الثانِيَةِ، يأخُذُه مضْرُوباً في نصيب المَيِّت الثَّاني من المَسْأَلَة الأُولَىٰ، أو في وَفق النَّصِيبِ، إن كانَ بَيْن نصيبِهِ ومسْأَلَتِهِ موَافَقَةٌ.

الأمثلة:

زوجٌ وأُخْتانِ لأَبٍ، ماتَتْ إحداهما عن الأُخْرَىٰ، وعن بِنْتِ الأُولَىٰ من سبعةٍ، والثانية من اثنين، ونصيب الميّت الثَّاني من الأوّل اثْنَانِ.

زوجةٌ وثلاثةُ بنينَ، وبنتٌ، ثم ماتَتِ البِنْتُ عن أمٍّ وثلاثةِ إِخْوَة، وهمُ الباقُونَ مِنْ ورثَةِ الأوّل.

المسألةُ الأُولَىٰ من ثمانيةٍ، والثانيةُ تصحُّ من ثمانيةَ عَشَرَ، ونصيبُ الميِّتة مِنَ الأُولَىٰ سهْمٌ لا موافقةَ بَيْن نصيبها ومَسْأَلَتها، فتُضْرَبُ المسألةُ الثَّانيةُ في الأُولَىٰ، تَبْلُغ مائةً وأربعةً وأربعين للزَّوْجة؛ منْها سهمٌ مضْروبٌ في ثمانيةَ عَشَرَ، ولكلِّ ابْنٍ سَهْمَانِ مضروبان في ثمانيةَ عَشَرَ، تكونُ ستةً وثلاثِينَ، وللبنْتِ ثمانيةَ عَشَرَ، للأمِّ منْها ثلاثةٌ، وهو نصيبها منَ المَسْأَلة الثَّانية مضروباً في نصيب الميت الأُولَىٰ، ولكلِّ أخ خمسةٌ، فيحصل للأمّ أحدٌ وعشرونَ، ولكلِّ واحدٍ أحدٌ وأربعون.

جَدَّتانِ وثلاثُ أخواتٍ متفرقاتٍ، ثم ماتَتِ الأختُ منَ الأمِّ، عن أختٍ لأمٍّ، وهي الأختُ مِنَ الأبوَيْنِ في المسْألة الأُولَىٰ وعن اختَيْنِ لأبٍ وأمٍّ، وعن أمِّ أمٍّ، وهي إِحْدَى الجَدَّتَيْنِ فالأُولَىٰ من اثني عَشَرَ، والثانيةُ من ستَّةٍ، ونصيبُ الأخْتِ الميتة من المسألَةِ الأُولَىٰ سهمان، ونصيبها ومسألتها يَتَوَافَقَانِ بالنِّصْف، فتضرب نصْف مسألتها في الأُولَىٰ، تبلغ ستةً وثلاثين، كان للجدَّتَيْنِ سهمان يأخذانهما مضروبَيْنِ في ثلاثةٍ، تكونُ ستة، وكذا الأخت من الأبِ، وكان للأخت من الأَبَوَيْنِ ستَّةٌ تأخُذُها مضروبةً في ثلاثةٍ، تكونُ ثمانيةَ عَشَرَ، وكان لَها مِنَ المسألَةِ الثَّانِيَةِ سهْمٌ تأخُذُه مضْرُوباً في وفْق نصِيبِ الميتة من الأُولَىٰ وهو سهْمٌ.

وللأختَيْنِ مِنَ الأبوَيْنِ أربعةٌ مضروبةٌ في سهْم ولأمِّ الأمِّ سهمٌ مضروبٌ في سهْمٍ، فيحصل للأخْتِ الوارثةِ في المسْألتَيْنِ تسعةَ عَشَرَ، وللجَدَّة الوارثةِ فيهما أربعةٌ.

ولو ماتَ ثالثٌ قبل قسْمةِ التَّركةِ، فلك طريقَانِ:

أحدُهما: أن تصحِّحَ المسائلُ الثّلاثُ، وتأخذ نصيبُ المَيِّتِ الثَّالث منهما، وتقابِله بما تصحُّ منه مسألَتُهُ، فإنِ انْقَسَمَ نصيبُه على مسألتِهِ، فذاك، وإلاَّ، فإنْ توافَقَا، ضُرِبَتْ وفْق مسألته فيما صحَّت منه الأَوليانِ، وإنْ تبايَنَا، ضُرِبَتْ مسألتُهُ فيه.

وعلى هذ القياسِ تعمل، إذا ماتَ رابعٌ وخامسٌ قبل القسْمة، ثم مَنْ كان لَهُ شيء من المسألتَيْنِ الأُولَيَيْنِ أو مِنْ إحداهما، أخَذَه مَضروباً في الثَّالثة أو في وَفْقها، ومَنْ كان

له شيءٌ مِنَ الثالثة، أخذه مضْرُوباً من نصيبِ الثَّالث مِنَ المسألَتَيْنِ الأولَيَيْنِ أو في وفقه.

المثال:

زوْجٌ وأمٌّ وثلاثُ أخواتٍ متفرقات، ثم ماتَ الزَّوْج عن خمسة بنين، وخَمْسِ بناتٍ، ثم مات أحدُ البنين عن أربعة بنين، وأربع بناتٍ:

المسألةُ الأولَىٰ: مِنْ تسْعةٍ، والثَّانيةُ تصحُّ من خَمْسَةَ عَشَرَ، ونَصيبُ الميِّت الثَّاني من الأوَّل ثلاثةٌ، وبينهما موافقةٌ بالثُّلُث، تُضْرَبُ ثلث الخمسة عَشَرَ في الأُولَىٰ، تبلُغُ خمسةً وأربعين، كان للأُخت من الأبوَيْنِ من المَسْأَلَةِ الأُولَىٰ ثلاثةٌ تأخُذُه مضروباً في خمسةٍ، تكون خمسةَ عَشَرَ، وكان للأختِ من الأبِ سهْمٌ، تأخُذُه مضروباً في خَمْسَةٍ، تكون خَمْسَة، وللأخت مِنَ الأمِّ كذلك، وللأمِّ كذلك، وإن كان للزَّوْجِ ثلاثةٌ، تُضْرَب في خمْسةٍ، تكونُ خَمْسَةِ عَشَرَ، تنقسمُ علَىٰ مسألته، ونصيبُ كلِّ ابنٍ سهْمَانِ، فإذَنْ نصيبُ الميِّت الثالثِ سهْمَانِ، وتصحُّ مسألته من اثني عَشَرَ، وبينهما موافقةٌ بالنِّصْف، فتضرب نصف الاثنَيْ عَشَرَ، فما صحَّت منه المسألتان، وهو خمسةٌ وأربعُونَ، تبلُغُ مائتَيْنِ وسبْعين للزَّوْجِ، منها خمسةَ عشَرَ مضروبة فيما ضَرَبْنَاه من الخَمْسَةِ والأربعين، تبلغ مائتَيْنِ وسبْعِينَ، للزَّوْج منها خمسةَ عَشَرَ مضروبةٌ فيما ضرَبْناه في الخَمْسَةِ والأربَعِينَ وهوَ ستَّةٌ تكونُ تسْعينَ، وكان للأختِ من الأبوَيْنِ خمسةَ عَشَرَ، تضرب في ستَّة تبلغ تسعين، وللأختِ من الأبِ خَمْسةٌ مضروبة في ستَّةٍ تكون ثلاثِينَ.

وكذلك للأخت من الأب وللأم، كان لكلِّ ابْنٍ من المَيِّت الثَّاني سهْمَانِ، فيحصُلُ لكلِّ واحدٍ منهم اثنا عَشَرَ، اضْرِبِ السهمَيْن في السِّتَّة، فينقسمُ نصيبُ الميِّت الثالثِ علَىٰ ورثته، كان لكلِّ ابْنٍ من مسألته سهْمَان، فيُضْرَبَان في وَفْق نصيبِهِ مِنَ الخَمْسَةِ والأربعين، وهو واحدٌ، فيكونُ سهْمَيْنِ، ولكلِّ بنتٍ سهْمٌ، لِمِثْلِ ذلك.

زوْجٌ وخمسةُ إخوةٍ، ثم مات الزَّوْج عن اثنَيْنِ وبنْتٍ، الأُولَىٰ تصحُّ من عشَرةٍ، والثانيةُ من خمسة، ونصيبُ الميِّت الثاني من الأولى خمسةٌ فينقسم نصيبُهُ علَىٰ مسألته، ثم ماتَ أحَدُ الابْنَيْنِ عن أخٍ وأُختٍ، مسألتُهُ من ثلاثةٍ ونصيبُه اثنان، [و] لا موافقة بينهما، تُضْرَبُ ثلاثةٌ في المسألة الأُولَىٰ تبلغُ ثلاثين كان للزوجِ من الأُولَىٰ خمسةٌ تضربها فيما ضرَبْنا[ه] في الأُولَىٰ تبلغ خمسةَ عَشَرَ، ولكلِّ أخٍ ثلاثةٌ، ثم نُقَسِّمُ ما أصاب الميِّت الثانِي، وهو خمسةَ عَشَرَ، كان لكلِّ واحدٍ من ابنيه سهمان، تضربُهُمَا في الثلاثةِ، تَكُون ستَّةَ، وللبنْتِ ثلاثةٌ، ثم السِّتَّةِ الَّتي أصابَتِ الميِّت الثَّالث تنقسِمُ علَىٰ ورثَتِهِ، كان للأخِ سهْمَانِ، فتضربها في نصيبِ الميِّت الثالِثِ مِنَ المَسْأَلة الأُولَىٰ، وهو سهْمَانِ، تكونُ أربعة، وكان للأخْتِ سهْمٌ، فتضربُهُ في نصِيب المَيِّتِ، وهو سهمانِ، تكونُ سهْمَيْنِ.

الطريق الثَّانِي: أن تصحّح كلَّ مسألةٍ برَأْسِها، وتقابلَ نَصِيبَ كلِّ ميِّتٍ بمسألته، فمِنَ انقسَم نصيبُهُ علَىٰ مسْأَلَتَه، فلا اعتداد بمسألتِهِ، ومَنْ لم يَنْقَسِمْ حُفِظَت مسألتُهُ بتمامها، إن لم يتوافَقْ نصيبُه ومسألتُهُ، أو وفقها، إن توافقا، وفعلت بها ما يُفْعَلُ بأعدادِ الأَصْنَاف المُنْكَسِرة عليهم سهامُهُمْ من المسألة الواحدة، فما حَصَل، ضرَبْتَه في المسْأَلة الأُولَىٰ، فما حصَل قسْمَتُهُ، فتضربُ ما لكلِّ واحدٍ من الأولى في العدَد المضْرُوب فيها، فما خَرَجَ، فهو له، إن كان حيّاً، ولورثَتِهِ، إن كان مَيِّتاً.

مثاله: زوجةٌ وبنتٌ وثلاثة بني ابن، ثم ماتتِ البنتُ عند زَوْجٍ وأخٍ لأمٍّ، وأمٍّ، وهي الزوجةُ في المَسْأَلة الأُولَىٰ [ثم مات أحدُ ابني الابْنِ عن زوجةٍ وبنْتٍ وابْنِ ابنٍ، وجَدَّة، وهي الزوجةُ في المَسْأَلة الأولَىٰ]، ثم مات آخَرُ عَنْ هذه الجدة، وعن خمس بَنِينَ، وخَمْسِ بناتٍ.

الأُولَىٰ من ثمانيةٍ، والثَّانية من ستَّةٍ، والثالثةُ من أربعة وعِشْرِين، والرابعةُ مِنْ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ، ونصيبُ البنْتِ موافقٌ مسأَلَتَهَا بالأَنْصَاف، فتَرَدُّ مسألتها إلَىٰ ثلاثةٍ، فَإِذن معنا ثلاثةٌ، وثمانيةَ عَشَرَ، وأربعةٌ وعشرونَ، والثلاثةُ داخلةٌ في الأربعة والعِشْرين، فنقتصِرُ علَى الأكْثَرِ، وهو توافق الثمانيةَ عَشَرَ بالأَسْدَاس، فتضرب سُدُس أحدِهِمَا في الآخر، تبلغ اثْنَيْنِ وسِبْعِينَ، نضربُهَا من مسألةِ المَيِّت الأوَّل، وهي ثمانيةٌ، تبلغ خَمْسَمَائَةٍ وستَّةً وسبعين، مِنْها تصحُّ المسائلُ، فمَنْ له شيء من المسألةِ الأُولَىٰ، تضرب نصيبه من اثْنَيْنِ وسبعين، ويقسَّم علىٰ ورثته.

زوجةٌ وثلاثة إخوة، ثم مات أحدهم عن ابنين والثاني عن ابنين وبنت، والثالث عن ابْنٍ وبنتٍ.

الأُولَىٰ من أربعةٍ، والثانيةُ من اثنَيْنِ، والثالثةُ من خمسةٍ، والرابعةُ من ثلاثةٍ، والسهامُ لا توافِقُ المسائل، فَتُضْرَبُ المسائلُ الثَّلاثُ بعْضُها في بعْضٍ، تبلغ ثلاثين، تضربُهُ في المسألةِ الأُولَىٰ، تكونُ مائةً وعشرين؛ للزَّوْجة منها سهْمٌ في ثلاثين، ولكلِّ أخٍ كذلك، فما للأول بين ابنيه لكلِّ واحدٍ منْهما خمسةَ عَشَرَ، ما للثَّاني بيْن ابْنَيْهِ وبنته، لكُلِّ ابنٍ اثنا عَشَرَ، وللبنتِ ستَّةٌ، وما للثالث بيْن ابنه وبنْتِهِ، لِلابْنِ عشْرُونَ، وللبنْتِ عَشَرَةٌ.

هذا تصحيح المُنَاسَخَاتِ.

قال الفَرَضِيُّونَ: وقد يُمْكِنُ اختصارُ الحِسَابِ بعْد الفَراغِ من عَمَلِ التَّصْحِيحِ، وذلك إذا كانَتْ أنصباء الورثَةِ كلُّها متماثلةً، فترد القِسْمةُ إلَىٰ عدَد رؤوسِهِمْ، وكذلكَ، إِذَا كانَتْ متوافقة بجزءٍ صحيحٍ، فيُؤْخَذُ ذلك الوَفْق من نصيبِ كلِّ واحد منهم، ويُقَسَّم المالُ بيْنهم علَىٰ ذلك العَدَدِ كزَوْجَةٍ وبنتٍ وثلاثة بنين منْها، ثم ماتَ أحدُ البنين عن

الباقين، فالأُولىٰ من ثمانيةٍ، والثانيةُ من ستَّةٍ، ونصيبُ الميِّت الثَّاني سهْمَانِ يوافِقَانِ مسألَتَهُ بالنِّصْف، فتضربُ نصْف مسأَلَتِهِ في الأُولَىٰ، تكون أربعةَ وعشْرين، للزوجة منْها ثلاثةٌ، وللبنتِ ثلاثةٌ، ولكلِّ ابنٍ ستَّةٌ، ومِنْ نصيبِ الميِّت الثاني للأُمِّ سهْمٌ، وللأختِ سهْمٌ، ولكلِّ أخٍ سهْمَانِ، فمجموعُ مَا للأمِّ أربعةٌ، وللأختِ كذلك، ولكلِّ أخٍ ثمانيةٌ، فالأنصباء متوافِقة [بالربع، فتأخذ ربُعَ كلِّ نصيبٍ، تبلغُ ستةٌ، فنقسِّم المالَ عليها؛ اختصاراً.

أما إذا لم تكُنْ بيْن الأنصباء موافقة][1]، أو لم تكنْ إلاَّ في بَعْضِهما، لم يكنْ الاختصارُ.

المقصد الثَّاني: قِسْمَةُ التَّرِكَاتِ:

وله أصْلٌ وفروعٌ متشعِّبة:

أما الأصْلُ: فإنْ كانتِ التركةُ دَرَاهِمَ أو دنانِيرَ أو غيرهما، مما ينقسِّم بالأجزاء؛ [كالمكيلات والمَوْزُونَات، فنقسم عيْنِهَا بيْن الورثة، وإن كان مما لا يُقَسَّم بالأجزاء][2]، كالعبيد والجَوَارِي والدَّوَابِّ، فنقوِّم، ثم نقسِّم بينهم بالقيمة، فما أصابَ كلَّ واحد من القيمة، فَلَهُ بقَدْرِها منَ المُقَوَّم، ولا بدَّ من القسْمة من أقامةِ أصْلِ المسألة بِعَوْلِهَا، ثم يتأتى العَمَلُ قبْل التصحيح وبعْده، والأوَّلُ أسهلُ وأخَفُّ.

وطريقُهُ: أن يُنظَر في التَّرِكَة، أهِيَ عدَدٌ صحيحٌ منَ الدَّراهِمِ وغيرها، أمْ عدَدٌ وكَسْرٌ؟

إنْ كانَ الأوَّل، فقابل التركة بالمسأَلَةِ بعَوْلِها، إن كانت عائلةً، فإنْ تماثَلاَ، فلا إشْكَال، وإلاَّ، فإن كانا متبايِنَيْنِ، فاضرب نصيبَ كلِّ وارثٍ من أصْلِ المَسْأَلَةِ بِعَوْلِها، أو ممَّا صحَّت منه المسألةُ في عَدَد التَّرِكةِ، فما بلغ، فاقْسِمْهُ علَىٰ أصْلِ المَسْألة بِعَوْلِها، وعلَىٰ ما صحَّت منه المسألة، [فما خرَجَ مِنَ القسْمة، فهو حصَّةُ ذلك الوارِثِ.

وإن شئت، قسَّمت التركةِ أولاً علَىٰ أصل المَسْأَلة][3] بِعَوْلِهَا، أو عَلَىٰ ما صحَّت منه المسْأَلَة، فما خَرَج من القِسْمة، فاضربه في سَهْم كلِّ وارث، فما بلغ، فهو حصَّتُهُ.

وإن كانا متوافِقَيْنِ؛ فإنْ عَمِلْتَ، كما تَعْمَل في المتبايِنَيْنِ، حَصَل الغَرَضُ، وإن طلبت الاختصارُ فخذ وفقها، واضربْ سَهْمَ كُلِّ وارثٍ في وَفْق التركةِ، فما بلغ، فاقْسِمْه علَىٰ وفْق المَسْألة، فما خرج، فهُوَ نصيبُهُ من التَّرِكةِ، وإن شئْتَ، فاقْسِمْ وَفْق

---

(١) سقط من: ب.
(٢) سقط من: ب.
(٣) سقط من: د.

التركةِ علَىٰ وفْق المَسْألة، فما خرَجَ فاْضرِبْهُ في سَهْم كلِّ وارث، فما بَلَغ، فهو نصيبُهُ، وإذَا فرَغْتَ من العَمَلِ، امتحَنْتَ صحَّتَهُ؛ بأن تجمع ما أَصَابَ كلَّ واحد من الورثةِ وتنظر: هَلِ المجموعُ مثْلُ التركةِ أمْ لا؟

الأمثلة:

زوجٌ، وأمٌّ، وأختانِ لأَبٍ، وأختانِ[1] لأمٍّ، والتركةُ ستُّونَ ديناراً:

المسألةُ مِن ستَّةٍ، وتعولُ إلَىٰ عَشَرَةٍ، فإن شئْتَ، ضَرَبْتَ سِهامَ الزوْجِ في الستِّينَ، تبلغ مائةً وثمانين، تقسمه علَى المَسْألة، تخرج ثمانيةَ عَشَرَ، فهو نصيبُ الزَّوْجِ، وتضرِبُ نصيب الأمِّ في الستين، تكونُ ستِّين، تقسِّمه علَى المسألَةِ، تخرجُ ستَّةٌ، فهو نَصِيبُهَا، وتضرِبُ نصيبَ الأُخْتَيْنِ للأمِّ في الستِّين، تكُون مائةً وعشرِينَ نُقَسِّمُه على المسألة، تَخرج اثني عَشَرَ، فهو نصيبُها، وتضربُ نصيبَ الأختَيْنِ للأبِ في السِّتِّينَ، تكونُ مائتَيْنِ وأربعينَ، نقسِّمُهُ على المَسْألة، تخْرُج أربعَةَ وعشْرِين، فهو نصيبها وإن شئت، قَسَّمت التركةَ على المَسْألة، تخْرُج ستَّةٌ، تضربها في سهامِ كلِّ وارثٍ، يخرج ما ذكرنا. زوْجٌ وأمٌّ وأختٌ لأبٍ، والتركةُ أربعةُ درَاهِمَ:

المسألةُ تَعُولُ إلَىٰ ثمانيةٍ، تضربُ نصيب الزَّوْجِ في التركة، يكون أُثْنَيْ عَشَرَ، تقسِّمه علَىٰ سهام المَسْأَلة، يخرج للواحِدِ درهمٌ ونصفٌ، وكذلك نصيبُ الأخت، وتضربُ نصيبَ الأمِّ، وهو سهمانِ من أربعةٍ، تكون ثمانية، تقسِّم علَىٰ سهامِ المَسْألة، يخرج واحدٌ، فهو نصيبُهَا.

ثلاثُ زوجاتٍ، وأربعة إخوة لأمٍّ، وخمسُ أخواتٍ لأبٍ، والتركة خمسةٌ وسبْعُونَ ديناراً:

المسألة تَعُولُ إلَىٰ خمسةِ [عَشَرَ وتوافق التركة بأجزاء خَمْسَةِ عَشَرَ، فتردُّهما إلَىٰ جزء الوفق، فتَعُود التركة إلى خمسة][2]، والمسألة إلَىٰ واحدٍ، ثم إن شئْتَ، ضَرَبْتَ سهامَ الزَّوْجَات - وهي ثلاثةٌ - في وَفْقِ التركة - وهو خمسةٌ - تبلغ خَمْسَةَ عَشَرَ، فهو للزَّوْجات، وضرَبْتَ سهام الإخوة - وهي أربعةٌ - في الخمسة، تكونُ عِشْرين، فهو نصيبهم، وسهامُ الأخوات - وهي ثمانيةٌ - في الخمسةِ، تكون أَرْبَعِينَ، [فهو نصيبهن] وإن شئْتَ، قسَّمت وفْقَ التركة - وهو خمسةٌ - علَىٰ وفْق المسألةِ، وهو واحدٌ، يخرج خمسةٌ، [و] تضرب في سهامِ كُلِّ وارث، يكونُ ما ذكرنا.

---

(١) في الروضة ٥/ ٧٣ وأخوان لأم.

(٢) سقط من: ز.

«فَرْعٌ»

وإن كانت التركةُ عدداً أو كسْراً، نُظِرَ، إنْ كان الكَسْر واحداً، ضَرِبْت مخْرَج ذلك الكَسْر في العدد الصحيح، فما حَصَل فُرِّدُ عليه الكَسْر، واقسم المجموع عَلَى الورثة، انقسم الصحاح. ثم اجْعَلْ ممَّا خرج من القسْمَة بعَدَدِ مخْرَج ذلك الكَسْر واحداً صحيحاً، وأضِفْ إلَيْه الباقي. المثال: زوْجٌ وأخْتَانِ، والتَّركةُ عشرَةُ دراهم ونصْفٌ:

تضرب مخْرَج النِّصْف ـ وهو اثنان ـ في العَشَرة، تكون عشرين، وتزيد على النصف واحداً، فكأن التركة أحد وعشرُونَ من الصحاح، تعمل بها عملك بالصِّحَاح، فيخرج للزَّوْج تسعةٌ من الأنصاف [وهِيَ أربعةُ دراهِمَ ونصْفٌ، ولكلِّ أختٍ ستةٌ من الأنصاف] وهي ثلاثةُ دَرَاهِمَ.

ولو كانَتِ المسْألةُ بحَالِها، والتركةُ ثمانيةٌ وثلاثةُ أرباعٍ:

ضربت مخْرج الربع ـ وهو أربعةٌ ـ في الثمانية تبلغ أثنين وثلاثين، تزيد عليه الكسر وهو ثلاثة تكون خمْسة [ثلاثين][1]، تقسم كما يقسّم الصِّحَاح، يخرج للزَّوْج خمسةَ عَشَرَ، وهي ثلاثةُ دراهم، وثلاثةُ أرباعِ دِرْهَم، ولكلِّ أختٍ عشَرَةٌ، وهي درهمان ونصفٌ، وإن كان مع الصِّحاح كسْران، كرُبُعَ وسدُسٍ، أخَذْتَ مخْرَجَ مجْمُوعهما، وهو اثنا عَشَرَ، وضربْتَهُ في الصِّحَاحِ، وتمِّمْتَ العمَل، كما ذكرنا[2].

وأما الفُرُوع المتشَعِّبة، فإنَّها تتنوَّع أنْواعاً كثيرةً نورده منها مسائل:

مسألةٌ: إذا أَخَذَ بعْضُ الورثة قَدْراً معْلُوماً من التركة، وأردتَّ أن تعرف حملتها، ماقم سهامَ المسْألة بِعَوْلِها، إنْ كانت عائلةً، ثم إن شئت، ضَرَبْتَ المأْخُوذَ في سهام المَسْألة، فما بلغ قسْمته على سهام الأخذ، فما خرَجَ من القسْمة، فهو جملةُ التركة، وإن شئت، قسَّمْتَ المأخوذَ عَلَىٰ سهامِ الأَخْذ، وضربْتَ الخارج من القِسْمة في سَهام المَسْألة، فما بلغ، فهو التركةُ.

---

(١) في ز: وثلاثة أرباع.

(٢) قال الشيخ البلقيني: لكن لم يبين المصنف ـ وتبعه في الروضة ـ ما يراد، وبَسْطُ ذلك، أنه إذا مات عن زوجة وأم وأختين وتركته خمسة دراهم وربع وسدس ثم فإنك إذا أخذت مخرج مجموعها وهو اثنا عشر وضربته في الصحاح بلغ ستين، وحينئذ فتزيد على مجموع عدد الكسرين من مخرجهما، وهو خمسة فتبلغ خمسة وستين، ثم اعمل الباقي بما قرره المصنف بيانه أنك إذا أردت أن تعرف نصيب الزوجة مثلاً فخذ سهامها وهي ثلاثة، واضربها في هذا المبلغ، وهو خمسة وستون يصير ذلك مائة وخمسة وتسعين يقسم على سهام المسألة، وهي ثلاثة عشر فما خص سهماً، وهو خمسة عشر فهو نصيب الزوجة وتجمع باعتبار آحاد المخرج، وهو اثنا عشر.

مثالُهُ: زوْجٌ، وأمٌّ، وأخْتانِ لأبٍ، وأخذ الزوج بحقه ثلاثين ديناراً، إن شئْتَ، ضَرَبْتَ الثلاثِينَ في سهَامِ المَسْألة - وهي ثمانيةٌ - تكون مائتَيْنِ وأربعِينَ، تقسِّم عَلَىٰ سهام الزَّوج - وهي ثلاثة - يخرج ثمانُونَ، فهو التركة.

وإنْ شِئْتَ، قَسَّمْتَ الثلاثينَ عَلَىٰ سهامه، يخرج عَشَرة، وتضرب في سهام المَسْألة تبلغ ثمانِينَ.

ولك أنْ تَسْلُكَ طريقةً أخرَىٰ، وهي أن تنظر فيما بَيْن سهام الآخذ وسهام الباقِينَ منَ الورَثَةِ من النسبة وتزيد على المأخُوذِ بمثْلِ نِسْبة سهَامِهِمْ مِنْ سِهَامه، فهو جملةُ التركة، ففي المثال المذكُور سهَامُ باقي الورثة مثْلُ سهام الزَّوْج، ومثل ثلثيها فتزيد على الثلاثين مثلها ومثل ثلثيها، يبلغ ثمانين، والله أعلم.

مسألةٌ: زوْجةٌ وأمٌّ وثلاثُ أخواتٍ متفرقات، والتركةُ ثلاثون ديناراً وثوبٌ، أَخَذَت الزوجةُ بنَصِيبِهَا الثَّوْبَ بتراضِي الوَرَثَةِ، كم قيمةُ الثَّوْب وجملةُ التركة؟

الطريق فيها، وفي أخواتها: أن تقيمَ أَصْل المسألةِ بعَوْلِها، إن كانت عائلةً، وهذه المسألةُ تَعُولُ إِلَىٰ خمسَةَ عَشَرَ، ثم لك طريقان:

أحدهما: أن تضرب سهام الزَّوْجة من المسألة في عَدَدِ الدَّنَانِير، فتبلغ تسعين، تُقَسِّم التِّسْعِينَ عَلَىٰ ما بقي من سهام المَسْألة، بعدد سهام الزوْجةِ، وهو اثنا عَشَرَ، يخرج من القِسْمة سبعةٌ ونصْفٌ، فهو قيمةُ الثَّوْب.

وإنْ شئْتَ، قسَّمْتَ الدنانيرَ علَىٰ باقي سهام الوَرَثة، وهو اثنا عَشَرَ، يخرج دِينَارَانِ ونصْفٌ، تضربه في سهَام الزَّوْجة، تبلغ سبعةٌ ونصْفُ دينار.

وإنْ شِئْتَ، نسَبْتَ سهامَهَا إِلَىٰ سهام الباقين، فإذا هِيَ رُبُعُ سهامِ الباقين، فتأخُذُ رُبُعَ الثلاثين، وهو سبعةٌ ونصف، فهذه ثلاثةُ أوْجُه.

والطريقُ الثَّاني: طريقُ الجبر، تقول: إذا أَخَذَتَ بخُمُسِ التركةِ ثوباً، فحملة التركة خمْسةُ أثوابٍ، وهي تَعْدِلُ ثوباً وثلاثين ديناراً، فتسقط ثوباً بثَوْبٍ، فتبقى أربعةُ أثوابٍ في مقابَلَةِ ثلاثين ديناراً، علمنا أن الثَّوْب الواحدَ سَبْعةٌ ونصْفٌ.

أو تقُولَ: خُمُسُ التركةِ خُمُسُ ثَوب، وستةُ دنانير، وقد أَخَذَتْ بالخُمُس ثوباً، فهو يعدِلُ خُمُسَ ثَوْب، وستةِ دنانير، وتقسط الخمس بالخمس، يبقى أربعة أخماس ثوب في مقابلة ستَّةِ دنانير، فتكملَ الثَّوْب؛ بأن تزيد علَى الأخْمَاس الأربعةِ رُبُعها، وتزيد على العديل رُبُعهُ، وذلك سبْعةٌ ونصْفٌ.

ولو كانَتِ المسألةُ بحالها، وأخذت مع الثَّوْب خَمْسَة دنانير:

فعلَى الطريقِ الأوَّل: تنقص الخَمْسَة من الثَّلاثين، تبقى خَمْسَةٌ وعشْرُون، ثم

تضرب نصيبهما من المسألة في الخَمْسَةِ والعِشْرِين، تكون خَمْسة وسبعين، تقسَّم على سهام الباقين، وهي اثنا عَشَرَ يخرج ستَّة دنانير وربع، وهو نصيبُها مِنَ التركةِ، فإذا نقصت منها الخَمْسَةُ، يبقى دينار وربُعٌ، وهو قيمةُ الثَّوْب.

وبالجبر نقُولُ: أَخَذَتْ بخُمُس التركة ثوباً، وخمسة دنانير، فجميعُ التركةِ خَمْسَةُ أثوابٍ، وخمْسَةٌ وعشرون ديناراً، تعدل ثوباً وثلاثِينَ ديناراً، فَتُسْقِطُ ثوباً بثَوْبٍ، وخمسةً وعشرين بخمسة وعشرِينَ ديناراً، تبقى أربعةُ أثوابٍ في مقابلة خمْسةِ دنانيرَ، فالثَّوْبَ الواحدُ دينارٌ وربعٌ.

ولو كانَتْ بِحالها، وأخذت الزَّوْجة الثوْبَ، وردَّت ستة دنانير: فعلى الطريق الأوَّلِ: تزاد الستَّة المردُودة على الثلاثين، وتضرب سهام الزَّوْجة في الستَّة والثلاثين، تبلغ مائةً وثمانيةً، تقسَّم على أثْنَيْ عَشَرَ، فيخرج من القسْمة تسعة، فهو نصيبُها من التّركَةِ، فإذا زِدتَّ علَى التِّسْعة ستَّةَ دنانير، فهي قيمة الثَّوْب.

وعلَىٰ طريق الجبر يقال: أَخَذَتْ بخُمُسِ التركةِ ثَوْباً، إلاَّ ستَّة دنانير، فجميعُ التركةِ خَمْسَةُ أثوابٍ، إلاَّ ثلاثين ديناراً، تعْدِلُ ثوباً، وثلاثين ديناراً، فتكمل الثيابُ بثلاثين دِينَاراً، ويزاد مثْلُ ذلك على العَدِيل، فتصير خَمْسَة أثواب معادلَة لِستِّينَ ديناراً، وثوب يسقط ثوباً بثَوْبٍ، تبقىٰ أربعةُ أثوابٍ في مقابلة ستِّين ديناراً، فالثَّوْبُ الواحدُ خَمْسَة عَشَرَ. ولو كانَتْ بحالها، والتركةُ ثلاثُون وثَوْبٌ وعَبْدٌ وخاتَمٌ، أخذت الزوجة بنَصِيبَهَا الثَّوْبَ، والأُمُّ العبْدَ والأُخْتُ للأمِّ الخَاتَمَ:

فعلَى الطَّريقِ الأَوَّل: تضرب سهامُ الزَّوْجة، وهي ثلاثةٌ، في الثلاثين، تبلغ تِسْعين، تقسمها علىٰ ثمانيةٍ، يخرج من القِسْمة أَحَدَ عَشَر وربع، أو تقسَّم الثلاثين على الباقي من المسألة بَعْد سهام الزَّوْجة والأمِّ والأختِ للأمِّ، وهو ثمانيةٌ، يخرج من القسْمة ثلاثةٌ وثلاثةُ أرباعٍ، تُضْرَبُ في سهامِ الزَّوْجة، تبلغ أَحَدَ عَشَرَ وربعاً، فهو قيمة الثَّوْبِ، وفي سهْمَيِ الأمِّ تبلغ سبعة ونصفاً، فهو قيمةُ العَبْد، وكذلك قيمةُ الخاتَمِ.

وبالجبر يقالُ: أَخَذَتِ الزوجةُ بالخُمُس ثوباً، والأمُّ بثُلُثَيِ الخُمُس عبداً، والأختُ بمثله خاتَماً، بَقيَ من السهام ثمانيةٌ، وهي خُمُسَان وثُلُثَا خُمُسٍ؛ يكون ثوبَيْنِ وثُلُثَيْ ثوبٍ، فالجملةُ ثلاثةُ أثوابٍ، وثُلُثَا ثَوْبٍ وعبْدٌ وخاتمٌ، وهي تعدل ثوباً وعبداً وخاتماً، وثلاثين ديناراً، تسقط ثوباً بثَوْبٍ، والعَبْد بالعَبْدِ والخاتَم بَالخَاتَمِ، تبقي ثوبان وثُلُثاً ثوب من مقابلة ثلاثِينَ ديناراً، فالواحدُ يَعْدِلُ أحدَ عَشَرَ وربعاً.

ولو كانَتْ بحالِها، والتركةُ ثلاثون، وثوبان يتفاوتان في القيمةِ بدينارَيْنِ، أَخَذَتِ الزوْجَةُ بنصيبها الثَّوْبَ الأدْنَىٰ:

على الطريقِ الأوَّل: يزيد التفاوت بينهما على الدنانير، فتصيرُ اثنين وثلاثين، تضرب سهام الزَّوْجة في اثْنَيْنِ وثلاثِينَ، فتكون وتسعينَ[1]، تقسَّم على الباقي من سهام المَسْألة بَعْد إسْقَاط نصيب الزَّوْجة، وهو ثلاثةٌ، وبعْد إسْقاط مثْلِهِ للثَّوْب الآخر، والباقي تسعةٌ، يخرج من القِسْمة عَشَرَةُ دنانير وثلثا دينار، فهو قيمة ما أخذَتْهُ.

وبالجبر نقُولُ: أخذَتْ بالخُمُس ثَوْباً، فالجميعُ خمسةُ أثْوابٍ، تعدل التركة، وهي ثوبَانِ واثنانِ وثَلاَثُونَ ديناراً يُسْقِطُ ثوبَيْنِ بثَوْبَيْنِ، تَبْقَى ثلاثةُ أثوابٍ، تَعْدِلُ اثنين وثلاثين ديناراً، فالواحدُ بعدلُ عَشَرَةً وثلثين، ولو أخذت الزوْجَةُ بنصيبها الثَّوْبَ الأعلَىٰ فتزيد الدينارَيْن على الثلاثِينَ، تصير التركة اثْنَيْنِ وثلاثِينَ ديناراً، وثوبين متساوِيَيْنِ، وقد أخذَتِ الزوْجَةُ بثلاثة أسهم ثوْباً وديناريْنِ، فيخص ثلاثة أسهم أخرَىٰ مثل ذلك، فإذا أسقطْنَاها هي مِنْ سهامِ المَسْألة تسعةٌ، ومن التركَةِ ثمانيةٌ وعشْرُون ديناراً، تُضْرَب سهام الزَّوْجة في ثمانيةٍ وعشرين، تَبْلغ أربعةً وثمانين، تقسّمها على التسعة الباقية من السِّهَام، يخرج تسعة وثلُثٌ، فهو قيمةُ الثَّوب الأعلَىٰ، وقيمة الأدْنَىٰ سبعةٌ وثلثٌ، وجميعُ التركةِ ستَّةٌ وأربَعُونَ ديناراً وثلثان.

مسألة:

ابنان، والتركةُ ثَوْبَان بينهما ديناران أخذ أحدهما ثلاثَةَ أَرْبَاع الأعلَىٰ، كم قيمةُ كلِّ واحدٍ منهما؟

طريقَةُ: أن تزيد التَّفَاوت علَيْهما، فتجعل التركة ثوبَيْن وديناريْنِ، وحينئذٍ، فلِكُلِّ واحدٍ منهما ثوبٌ ودينارٌ، وقد أخذ أحدهما ثلاثةَ أرْبَاع ثوبٍ وديناراً ونصفاً، فتقابل به حقه، وهو ثوبٌ ودينار، [وتسقط ثلاثة أرباع ثَوْبٍ لمثلها، وديناراً بدِينَارٍ، يبقى ربُعُ ثوب][2] في مقابلة نصْفِ دينارٍ، فالثوبُ الكاملُ يَعْدِلُ دينارَيْنِ، فهما قيمةُ الأدْنَىٰ، وقيمة الأعلَىٰ أربعةٌ، وجملة التركةِ ستَّةٌ.

ثلاثة بَنِينَ، والتَّرِكَةُ ثلاثةُ أثوابٍ متفاوتة بدينَارَيْن، أخذ أحدُهُمْ رُبُعَ الأعلَىٰ، وثلُثَ الأوْسَطِ ونصْف الأدنى، قيمتها؟ نزيدُ التفاوتُ علَيْهما، لتساوِي قِيَم الأثْوَابِ، وتجعل التركة ثلاثةَ أثوابٍ، وستَّة دنانير؛ اثْنَان منْها لما بَيْنَ الأوْسَط، والأدْنَىٰ من التفاوُتِ، وأربعة لما بَيْن الأعْلَىٰ والأدْنَىٰ، فيكون لكلِّ واحد منهم ثوْبٌ وديناران، [وقدْ أخذ أحدهم برُبع الأعْلَىٰ ورُبُع ثوب وديناراً] وثلث الأوسط ثلث ثوب، وثلثي دينار، وبنصْفِ الأدنَىٰ نصْفَ ثَوْبٍ لا غير، فالجملة ثوب ونصف سدس ثوب ودينارٌ وثلثا دينار، وهي تَعْدل ثوباً وديناريْن، يسقط المشترك، ويبقى نَصْفُ سدسِ ثوبٍ في مقابلة

(١) في د: وستين.

(٢) سقط من: د.

ثلث[1] دينار، فالثوبُ الكاملُ يعْدِلُ أربعةً، فهي قيمة الأَدْنَىٰ، وقيمةُ الأَوْسَطِ ستّةٌ، وقيمةُ الأعْلَىٰ ثمانيةٌ، وجملةُ التركة ثمانيةَ عَشَرَ.

مسألةٌ: زوْجٌ وابنٌ، أخذ الزوْجُ بميراثه وبدَيْنٍ له على الميتة ثُلُثَ المال:

المسألةُ من أربعةٍ، تسقط منها سهمُ الزوجِ، يبْقَىٰ ثلاثة، تَضْربها من مَخْرَجِ الكَسْرِ، المذكور في السؤال، تَبْلُغ تسعةً، منها تخرج المسألة، للزَّوْجِ ثلاثةٌ، وللابْنِ ستّةٌ، وإذا كان للابن بثلاثة أسهم ستة فللزوج بسهم أثنان فاثنان إرث وواحد دَيْنٌ.

وتقولُ بطريق آخَرَ: المسألةُ مِنْ أربعةٍ، والدَّينُ شيء؛ فجملة التركةِ أرْبعةُ أسْهُمٍ، وشَيء منها سهْمٌ وشيء ثلثُ المالِ، وثلاثةُ أسْهُم ثلثاه، والثلُثُ يَعْدُل نصْفَ الثلثَيْنِ، فإذن سهمٌ وشيءٌ، يعدل سهماً ونصْفَ سَهْم، يَسقط السَّهم بالسهم، يبقى شيء في مقَابَلَة نصْفِ سهْم، فعرفنا أنَّ الشيء المضْمُوم إلى السِّهام الأربعة نصْفُ سهْمٍ، فإذا بَسَطْنَاها أنصافاً، كَانَتْ تسعةً.

مسألة:

ابنٌ وبنْتٌ انتهبا التركةَ، ثمّ رَدَّ كلُّ واحدٍ منهما علَىٰ صاحبه رُبُعَ مَا أَنْتَهَبَ، فوَصَلَ كلُّ واحدٍ منهما إلَىٰ حقِّه مِنَ الميراث:

يجعل ما أنتهبَهُ الابْنُ أربعةَ أشياءَ، وما انهبتْهُ البنت أربعةَ دَنَانِيرَ، فإذا رَدَّ الابنُ رُبُعَ ما انتهبه، وأَخَذَ منْها رُبُع ما انتهبته، حَصَلَ في يده ثلاثةُ أشْيَاءَ، ودينارٌ، وفي يدها ثلاثةُ دنانيرَ وشَيءٌ، ومعلومٌ أنَّ حقَّه ضعفُ حقِّها، فضِعْفُ ما معها مثلُ ما مَعَهُ، وضعْفُ ما معها ستّةُ دنانيرَ وشيْئَان، تعدلُ ثلاثة أشياء وديناراً، فتسقط ديناراً بدينار، وشيئين بشيئين تبقى خمسةُ دنانيرَ، تعدِلُ شيئاً، فعَرَفْنَا أن قيمة الشيءِ خمسةٌ، وقيمة الدِّينار واحدٌ وجملة التركة أربعة أشياء، وأربعة دنانير، فيكونُ أربعةً وعشرين، ما أنْتَهَبَهُ الابن عشْرُون، وما انتهبتْهُ البنْتُ أربعةٌ، فإذا دفع إليها خمسةً، وأَخَذَ منها واحداً، كان معَهُ ستّةَ عَشَرَ ومعها ثمانيةٌ.

وتُعْرَفُ هذه المَسْألةُ ونظائرُهَا «بِمَسَائِلِ النُّهبى» ولنقتصرْ مِنْ قسْمة التَّرِكَاتِ علَىٰ ما أَوْرَدْنَاه ونختمُ الكلامَ في الحِسَاب بجُمَلٍ تختصُّ بأبواب قدَّمْنا فتاويها:

منْها: قد مرَّ أن المفقودَ، إذا ماتَ لهُ قريبٌ، وخلَّفَ ورثةٌ حاضرين، يؤخَذُ في حقِّ كلِّ واحدٍ منهم بالاسْتواء منْ حياة المفقود وموْتِهِ في إسقاطه، وفي دَفْع الأقَلِّ إليه، وطريقُ معرفة الأقَلِّ أن تُصَحِّح المسألة علَىٰ تقدير حياتِهِ، وتصحّح على تقدير موْتِهِ،

---

(١) في ز: نصف.

وتضرب إحداهما في الأُخْرَىٰ، إن لم تتوافَقَا، وإنْ توافَقَتا، ضُرِبَ وَفْق أحدهما في جميع الآخر، ثم كلّ مَنْ يرث علَى التقديرَيْنِ يُضْرَب ما يَرِثُه مِنْ كلّ مسألةٍ في الأُخْرَىٰ أو في وَفْقِها، إن توافقتا، وتصرف إلَيْه الأقلّ مما حَصَلَ من الضَّرْبَيْنِ.

مثاله: أختانِ لأَبٍ، وعَمٌّ، وزَوْجٌ مفقودٌ:

إن كان حَيّاً فهي من سبْعَةٍ، وإلاَّ، فمِنْ ثلاثةٍ، ولا موافقة بينهما، فتُضْرب إحداهما في الآخر يبلغ أحداً وعشرين، للأختين من مسألة الحياةِ أربعةٌ مضروبةٌ في ثلاثةٍ، تكون أثْنَيْ عَشَرَ، [ومن مسألة المَوْتِ سهْمَانِ مضروبَانِ في سبْعةٍ، تكون أربعَةَ عَشَرَ، فيصرف إليهما الأقلّ، وهو اثنا عَشَرَ، ويوقف البَاقِي][1]، فإن عرف حياةُ الزَّوْج، دُفِع إلَيْه، وإنْ عرف موتُه، فسهمان للأخْتَيْن، والباقي للعَمِّ:

أمٌّ وزوجٌ وأخْتَانِ منَ الأبوَيْنِ وابْنٌ مفقودٌ:

إنْ كانَ حَيّاً، فالمسألةُ من اثني عَشَرَ، وإنْ كانَ مَيِّتاً، فمن ستَّةٍ، وتَعُولُ إلَىٰ ثمانيةٍ، وهما متوافقان بالرُّبُع، فتضرب ربع أحدهما في الآخر، تبلغ أربعةً وعشْرِين، للأمّ من مسألةِ الحَيَاة سهْمَانِ مضروبان في وفْقِ مسْأَلَة المَوْت، تكون أربعةً، ومن مسألة المَوْت سهْمٌ مضروبٌ من وَفْق مسألة الحَيَاة، تكُونَ ثلاثةً، فتصرف إليها الأقلّ، وهو ثلاثة، وللزَّوْج من مَسْأَلة الحياة ثلاثَةٌ مضروبةٌ من وَفْق مَسْألةِ المَوْت، تكون ستَّةً، ومِنْ مسألة المَوْت ثلاثة مضْرُوبة في وَفْق مسْأَلَة الحياةِ، تكُون تسْعةً، فتصرف إليه ستَّة، ويُوقَفُ الباقي.

ومنْها: الطريقُ في تَصْحِيحِ مَسَائِلِ الخُنثَىٰ علَىٰ جميعِ الحالاَتِ، مطلبُ الأقلِّ المستيقَنِ أن تقيم المسألة علَىٰ جميع الحالات، فإن كان الخُنثَىٰ واحداً، فله حالتان، وإنْ كان هناك خنثيان، فلهما ثلاثُ حالاتٍ؛ لأنهما إِما ذكَرَانِ، أو أُنْثَيَانِ أو أَحَدُهُمَا ذَكَرٌ والآخَرُ أنْثَىٰ، ولثلاثِ خَنَاثَىٰ أربعُ حالاتٍ، لأنَّهُمْ؛ إما ذكورٌ أو إناثٌ، أو أحدُهُم ذَكَرٌ، والآخران أنثَيَانِ، أو بالعَكْس، وعلَىٰ هذا القياسِ، فإذا ضبطت أصل كل حالةٍ، فخُذْ أُنْثَيْنِ منْها، وانظر، أَهُمَا متماثلان أم متدَاخِلاَنِ أم متوافقان أم متباينَانِ؟ واعمل منهما عملَكَ عنْد الانْكِسَار علَى فريقين، ثم قابِلِ الحاصلَ مَعَكَ بأصل ثالثٍ، وهكذا فافْعَلْ إلى أنْ تأتي علَىٰ آخرها، ثم إنْ لم يكن في المَسْألة صاحبُ فَرْضٍ، صحَّتِ القسمةُ مما عنْدَكَ، وإن كان ضربتَه في مَخْرَجِ الفَرْضِ، ثم قَسِّمت.

المثالُ: ولَدَانِ خُنثَيَانِ، إنْ كانا ذَكَرَيْنِ، فالمسألةُ من اثنين، وإن كانا أُنْثَيَيْنِ، أو

---

(١) سقط من: ب.

أحدُهُمَا ذكَراً، والآخَرُ أُنْثَىٰ، فمن ثلاثة، فتسقط أحد الثلاثتين؛ للتماثل، وتضرب الأخرَىٰ في اثنَيْنِ، تبلغ ستةً، تصرَفُ إِلَىٰ كلِّ واحدٍ منهما سهمَيْنِ؛ أخذاً بالأضَرِّ، وتقف سهمَيْنِ، فإنْ كانا ذَكَرَيْنِ، فلكلِّ واحدٍ منهما واحدٌ، وإنْ كانا أُنْثَيَيْنِ، فهما لبَيْتِ المال، وإن كان أحدُهُما ذكَراً، فهما له.

زَوْجٌ وولدانِ خُنثَيانِ:

تُضْرَب السِّتَّةُ التي صحَّت منْها مسألتهما علَى الأحْوَال عند تجرُّدهما في مَخْرَج الرُّبُع، تبلغ أربعةً وعشرين، للزَّوْج منها ستَّةٌ، ولكلٍّ واحد منهما ستةٌ، لاحتمال أنوثته وذكُورَةِ الآخَر.

ابنٌ وَوَلَدَانِ خُنْثَيَانِ:

إن كانا ذكرَيْنِ، فهي منْ ثلاثةٍ، وإن كانَ أحدُهُما ذكَراً، والآخر أنثَىٰ، فمنْ خمْسةٍ، وإن كانا أنثَيَيْنِ، فمن أربعةٍ، والأعدادُ متباينةٌ، فتُضْرَبُ ثلاثةٌ في أربعةٍ، تبلغ أثني عَشَر، تَضْرَبُ في خمسةٍ، تبلغُ ستِّينَ، منها للواضح عشرون سَهْماً؛ أخذاً بالأضَرِّ عليه، وهو ذكورتهما، ولكلِّ واحدٍ منهما اثْنَا عَشَرَ، أخذاً بالأضرِّ عليه، وهو أنوثَتُهُ، وذكورةُ صاحِبِهِ(١)، وتوقَفُ ستَّةَ عَشَرَ إِلَىٰ أن يتبين الحالُ، ويرد بالاختصار إِلَىٰ خمسةَ عَشَرَ؛ لتوافقهما بالربع. ويقْرُبُ منْ ذلك تصحيحُ مَسَائِلِ الحَمْلِ؛ تفريعاً علَىٰ أنَّ أكثر

(١) قال النووي: ثلاثة أولاد خناثى، إن كانوا ذكوراً، فمن ثلاثة، أو إناثاً، تصح من تسعة، أو ذكراً وأنثيين، فمن أربعة، أو عكسه، فمن خمسة، والثلاثة داخلة في التسعة، فتضرب الأعداد الثلاثة بعضها في بعض، تبلغ مائة وثمانين، منها تنقسم، تعطي كل واحد سهماً من خمسة في أربعة، ثم في تسعة بستة وثلاثين. فإن بان واحد أنثى، لم تردّه، لبقاء الاحتمال، وتزيد صاحبيه كلّ واحد تمام أربعين إذ أسوأ أحوالهما أن يكونا أنثيين. فإن بان أحد الآخرين أنثى، لم تزدهما، وتزيد الأول تمام الأربعين. فإن بان الثالث أنثى، فلا زيادة لهن. وإن بان ذكراً، تمم له تسعون، ولكل واحد منهما خمسة وأربعون والله أعلم.

هذا، وما ذكر أنها تصح من مائة وثمانين خالفه فيه القاضي البارزي في توضيح الحاوي فقال: إنها تصح من ستين، والذي في الروضة هو الصواب وما قاله البازري سهو فإنه قال: إن كان ذكوراً وإناثاً فمن ثلاثة وهو صحيح في الذكور فقط وفي الإناث يصح من تسعة وبتقدير ذكورة الاثنين من خمسة وبتقدير أبويه اثنين من أربعة فحصل معنا ثلاثة وتسعة وخمسة وأربعة والثلاثة داخلة في التسعة فيكتفي بها وتضرب خمسة في أربعة بعشرين ثم في تسعة تبلغ مائة وثمانين ومنها يصح وطريق الصرف إليهم أن أصل الأحوال في حق كل واحد أبويته مع ذكورة الآخرين فيصرف إلى كل واحد من الخمس وهو ستة وثلاثون وتوقف هو اثنان وسبعون فإن ظهرت ذكورتهم فهو لهم بالسوية فيكمل لهم مائة وعشرين تكملة الثلثين والباقي للعصبة وإن بان ذكورة واحد وأنوثة اثنين كمل للذكر تمام تسعين ولها كذلك وإن بانت ذكورة اثنين وأنوثة واحد دفع الباقي إلى الذكرين وهو تكملة مائة وأربعين.

الحمل أربعةٌ، ومَنْ ليس له نصيبٌ مقدَّرٌ؛ كالأولاد يأخذُون مع الحَمْلِ شيْئاً، فتقام المسألةُ علَىٰ تقديرِ وَلَدٍ واحدٍ، وله حالتان، وعلى تقدير ولدَيْنِ، فلهما ثلاث حالات؛ لأنهما إمَّا ذَكَرَان أو أُنْثَيَانِ، أو أحدهما ذكَرٌ، والآخَرُ أنثَىٰ، وعلَىٰ تقديرِ ثلاثةِ أولادٍ، فلهم أربعُ حالاتٍ، لأنَّهُم: إما ذكورٌ أو إناثٌ أو ذكرٌ وأنثيانِ [أو أنثَىٰ وذكَرَان، وعلَىٰ تقديرِ أربَعَةِ أولاد، لهم خمسُ حالات؛ لأنَّهُمْ: إما ذكورٌ أو إناثٌ أو ذَكَرَانِ وأُنْثَيَانِ، أو][1] ذكرٌ وثلاثُ إنَاثٍ، أو أنثَىٰ وثلاثُ ذكورٍ، ثم ينظُرُ في الأعداد، فيَكْتَفِي مما تماثل بواحد ومما تَداخَلَ بالأكثر، وممَّا توافق بجُزْءِ الوَفْق، وتترك الأعدَادَ والمتباينَةَ بحالها، وتُضْرب ما حَصَل في الأعْدَاد بعْضَها في بَعْضٍ، فما بلغ، تصحُّ منه القسمة.

المثال: ابنٌ وأمُّهُ حامِلٌ: إنْ كانَتْ حاملاً بوَلَدٍ، فالمسألةُ في إحْدَى الحالتَيْن من اثنين، وفي الثانيةِ مِنْ ثلاثَةٍ، وإنْ كانَتْ حاملاً بولَدَيْنِ، فهي في حالٍ من ثلاثةٍ، وفي حالٍ مِنْ أربَعَةٍ، وفي حالٍ مِنْ خمسةٍ.

فإنْ كانَتْ حامِلاً بثلاثةٍ، فهي من أربعةٍ أو خمسةٍ أو ستةٍ أو سبعةٍ، وإنْ كانَتْ حاملاً بأربعةٍ، فهي مِنْ خمسةٍ أو ستةٍ أو سبعةٍ أو ثمانيةٍ أو تِسْعَةٍ، فيكتفَىٰ من الأعداد المتماثلةِ بوَاحِدٍ، يحصل معه اثنان وثلاثةٌ وأربعةٌ وخَمْسَةٌ وستَّةٌ وسِبْعَةٌ وثمانِيَةٌ وتسْعَةٌ، فبعد الرَّدِّ إلى الوفق والاكتفاءِ بالأكْثَرِ من المتداخلين تبقَىٰ خمسةٌ وسبْعَةٌ وثمانِيَةٌ وتسْعَةٌ، تضْرَبُ بعضها في بعْضٍ، تبلغ ألفين وخمْسمَائة وعشرين، للابن منْها الخُمْسُ، وهو خَمْسُمَائةٍ وأربعةٌ، لأنَّ أضَرَّ الأحوال أن تَلِدَ أربعةَ بنين، ويُوقَفُ الباقي.

ويقْرُبُ منه تصحيحُ مَسَائل الاسْتِهْلَالِ.

فإذا ماتَ عَنِ ابْنٍ وزوجةٍ حاملٍ، فولَدَتْ، ابناً وبنتاً، واستَهَلَّ أحدهم، ثم وُجِدَا ميِّتَيْن، ولم يدر مَنِ المستهلُّ، فقد سبَق أنه يُدْفَعُ إلَىٰ كلِّ وارث أقلُّ ما يستحقه، وطريقُ معرفةِ الأَقَلِّ أن يقال:

المسألةُ الأولَىٰ: تصحُّ من ستَّةَ عَشَرَ، إنْ كان الابنُ هو المُسْتَهِلُّ، للزوْجةِ سهمان، ولكلِّ واحد من الابنين سبعةٌ ومسألة الابن المستهلُّ من ثلاثة، والسبعةُ لا تنقَسِمُ على الثلاثة، ولا موافقة بينهما، فتَضْرَبُ ثلاثةٌ في ستة عَشَرَ، تبلغ ثمانيةً وأربعين، للزوجة منها الثُّمُنُ ستَّةٌ، ولكلِّ واحدٍ منهما أحدٌ وعشرُون، منها للأمِّ سبعةٌ، والباقي للأخ، فتجتمعُ للأمِّ ثلاثةَ عَشَرَ، وللأخ خمْسةٌ وثلاثُونَ، وإنْ كانَتِ البنتُ هِيَ المستهِلَّةِ، فالمَسْألةُ الأولَىٰ تصحُّ من أربعةٍ وعِشْرينَ، للبِنْتِ منها سبعةٌ، ومَسْألتُها من ثلاثةٍ، ولا تصحُّ سبعةٌ عَلَىٰ ثلاثةٍ، ولا موافقةَ، فتُضْرَب ثلاثةٌ، في أربعةٍ وعشرين، تبلغ

(١) سقط من: ب.

اثنين وسبْعِين، للمَرْأة الثُّمُنُ تسْعَةٌ، وللابْنِ اثنان وأربعون، وللبنت أحَدٌ وعشرون، للأمِّ منها سبعةٌ، وللأخِ أربعةَ عَشَرَ، فتجتمع للأمِّ ستَّةَ عَشَرَ، وللأخِ ستَّةٌ، وخَمْسُونَ، وهما متوافِقَانِ بالثُّمُنُ، فترد ما صحَّ منه.

مسألة البنْت، وهو اثنان وسبعون إلَىٰ ثُمُنِها، وهو تسعةٌ، للأمِّ سهمان، وللابن سبْعةٌ، فانتهَى الأمْرُ إلَىٰ أنَّ المسألة على تقدير أسْتِهْلَالِ الابْنِ، صحَّت من ثمانيةٍ وأربَعِينَ، ومسألةُ البِنْتِ من تسْعةٍ، وهما متوافِقَانِ بالثُّلُث، فتضرب ثُلُث أحَدِهِمَا في جميع الآخَرِ، تبلغ مائةً وأربعةً [وأربعين]، منها تصحُّ في الحالتَيْنِ، للأمِّ بتقدير أسْتِهْلَالِ الابْنِ تسعةٌ وثلاثُونَ، وبتقدير أسْتِهْلَالِ البنْتِ اثنان وثلاثُونَ، فتعطَىٰ الأقلَّ، وللابن بتقدير اسْتِهْلَالِ الابْنِ مائة [وخمسة وبتقدير استهلال البنت مائة] واثني عشر فتعطى الأقل، وتوقَّفُ سبعة أسهمٍ بينهما.

ولو خلَّف أمّاً وأخاً لأبٍ وأمِّ ولدٍ حامِلاً منه، فولَدَتْ ذكراً أو أنثَىٰ، واستهلَّ أحدُهُما، إن كان الابْنُ هو المستهلَّ، فالمسألةُ من ستةٍ، منها خمسةٌ للابن، ومسألتُهُ من ثلاثةٍ، لأمِّه الثلُثُ، والباقي للعم، فتضرب ثُلُثه في ستَّةٍ، تبلغ ثمانيةَ عَشَرَ، للأمِّ ثلاثةٌ، ولأمِّ الولد خمسةٌ، وللعم عشرةٌ.

وإنْ كانَتِ البنتُ المستهلَّةُ؛ فالمَسْألةُ الأُولَىٰ من ستة أيضاً، نصيبُ البنْتِ منها ثلاثةٌ، ومسألتها مِنْ ثلاثةٍ، فمعنا ستةٌ وثمانيةَ عَشَرَ، وهما متداخلَانِ، فتكتفي بالأكثر وتُصحِّح منها المسألَة في الحالتَيْنِ؛ للأمِّ ثلاثةٌ على التقديرَيْنِ، وللعمِّ عَشَرَةٌ على تقدير أستِهْلَالِ الابْنِ، ولأمِّ الولد خمسَةٌ. وعلى تقدير أسْتِهْلَالِ البنْتِ: للعمِّ اثنا عَشَر، ولأمِّ الولد ثلاثةٌ، فيعطَىٰ كلُّ واحد منهما الأقَلَّ، ويوقَفُ بينهما اثْنَانِ.

فَرْعٌ لابْنِ الحَدَّاد

ماتَ عنْ زوجةٍ حاملٍ وأخوَيْنِ، فولَدَتِ ابناً، ثم صودف ميتاً، فقالتِ الزوْجَةُ: إنه انفصَلَ حيّاً، ثم مات، نُظِرَ: إنْ صدَّقاها، فهذا رجُل مات وخلَّف زوجةً وابْناً، ثم مات الابْنُ، وخلَّف أمّاً وعمين، فتصحان أربعة وعشرين، وإنْ كذباها، فالقَوْلُ قولهما مع يمينهما، وتصحُّ المسألة من ثمانيَةٍ.

وإنْ صَدَّقها أحدَهُما، وكذَّبها الآخَرُ، فيحلِفُ المكذِّبُ، ويأخذ تمام حقِّه لو كذَّباها، وهو ثلاثةٌ من ثمانيةٍ، والباقي، وهو خمسةٌ، يقسَّم بين المصدِّق والزوْجَةِ علَى النسبة الواقعة بينِ نصيبيها، [و] لو صدَّقاها، وذلك لاتفاقهما علَىٰ أنَّ المكذِّب ظالمٌ، يأخذ الزيادَة، فكأنَّها تلِفَتْ من التركة أو غُصِبَتْ.

ونصيبُ الزوْجَةِ، لو صدَّقاها عشَرَةٌ من أربعةٍ وعِشرين، ثلاثةٌ من الزَّوْج، وسبْعةٌ

من الابن، ونصيبُ العَمِّ سبعةٌ، فالخَمْسَةُ بينهما علَىٰ سبعة عَشَرَ، والخمسة لا تنقسِمُ على سبعة عَشَرَ، فتضرب سبْعةَ عَشَرَ في أصْلِ المَسْألة، وهو ثمانيةٌ، تبلغ مائة وستَّةً وثلاثين، للمكذِّب ثلاثةٌ مضروبةٌ فيما ضرَبْناه في المسألة، وهو سبعةَ عَشر، يكون أحداً وخَمْسين، والباقي، وهو خمسةٌ وثمانون، تقسَّم على سَبْعَةَ عشَرَ، يكونُ لكلِّ سهْم خمسةً، فلها بعُشْرة خمسونُ، وله بسُبْعَةٍ خمسةٌ وثلاثون، وقد زاد نصيبُ المكذِّب علَىٰ نصيبَ المصدِّق بستَّةِ عَشَرَ سَهْماً: ولو كانتِ المسألةُ بحَالِها، ولكنْ ولَدَتْ بِنْتاً:

قال الشيخُ أبو عَلِيٍّ تخريجاً علَىٰ هذه القاعدة: إنْ صدَّقاها، صحَّتِ الفريضَتَانِ منْ ثمانيَةٍ وأربَعِينَ، وإنْ كذَّباها، فمن ثمانيةٍ، وإنْ صدَّقها أحدُهما، وكذَّبها الآخر، فمنْ مائتَيْنِ وثمانيةٍ وأربعين. ومنْها: حِسَابُ مَسَائِلِ الرَّدِّ:

قال الأئِمَّةُ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ـ: الردُّ نقيضِ العَوْلِ؛ لأنَّ الردَّ ينقص السِّهَام عن سهام المَسْألة، والعَوْل يزيدها، ولا يخلُو الحَالُ في صُوَرِ الرَّدِّ: إمَّا أن لا يكون في الورثَةِ من لا يُرَدُّ عَلَيْهِ أو يكُونَ:

القِسْم الأوَّلُ: إذا لم يكُنْ في الورثَةِ مَنْ لا يُرَدُّ عليه، نُظِرَ: إن كان شَخْصاً واحداً، فجميعُ المالِ له فَرْضاً ورَدّاً، وإنْ كانوا جماعةً من صنفٍ واحدٍ، فالمالُ بينهم بالسَّوِيَّة، ذكُوراً كانوا أو إناثاً، وإنْ كانُوا صِنْفَيْنِ أو ثلاثةَ أصنافٍ؛ جعل عدد سهامِهِمْ منَ المَسْألة، كأنه أصْل المسألة، ثم ينظر في عَدَد سهام كلِّ صِنْفٍ، وعدد رؤوسهم؛ إنِ انقسَم علَيْهم، فذاك، وإلاَّ، صُحِّح بطريقة. المثال: أمٌّ وبِنْتٌ.

أصْلُ المسألةِ منْ ستَّةٍ وسهامُهَا أربعةٌ، ونجعَلُ المسألة، منها أمٌّ وبنتٌ وبنتُ ابنٍ مجموعُ سهامِهِنَّ خمسةٌ، فتجعلها أصْلَ المسْأَلَةِ، فإنْ كان مع الأمِّ والبنْتِ ثلاثُ بناتِ ابنٍ، ضربْنَا عددَهُنَّ في خمسةٍ، تبلغ خَمْسةَ عَشَرَ، للأمِّ ثلاثةٌ، وللبنْتِ تسعةٌ، ولبناتِ الابْنِ ثلاثةٌ.

القِسْمُ الثَّانِي: إذا كان فيهِمْ مَنْ لا يُرَدُّ علَيْه، فيدفع إلَيْه فرضُهُ من مخْرجِهِ، ويجعل الباقِي لمن يُرَدُّ عليه، إن كان شخصاً واحداً، وإن كانوا جماعةً منْ صِنْفٍ واحدٍ، وإن كانوا صِنْفَيْنِ أو أصنافاً، أخَذْنَا مَخْرَجَ فروضهم وسهَامهم منه، ونظرنا في الباقي مِنْ مَخْرَجَ فرْضِ مَنْ لا يُرَدُّ عليه، فإنِ انْقَسَمَ علَىٰ سهامهم، فذاك، وإلا، ضرَبْنَا سهامَهُمْ في مَخْرَج فرْضِ مَنْ لا يُردُّ عليه، فما بلغ، يُجْعَلُ أصْلَ المسألة، فإنْ وقع فيه كسْرٌ أو أكثر صححنا المسألة بطريقة.

الأمْثِلَةُ:

زوجةٌ وأمٌّ، لها الرُّبُعُ، والباقي للأمِّ.

زوجٌ وستُّ بناتٍ، له الرُّبُعُ، والباقي لا يصحُّ عليهن [و] لكن يتوافَقَانِ بالثُّلُث، فتضرب وَفْقَ عددهِنَّ في أربعة، تبلغ ثمانيةً منها تصحُّ.

زوجةٌ وأمٌّ وثلاثُ بناتٍ: مخْرَجُ فرْضِ الزَّوْجة ثمانيةٌ، ومسألةُ الأُمِّ والبناتِ من ستَّةٍ، وسهامُهُنَّ خمسةٌ، والسبعةُ الباقيةُ لا تصحُّ علَىٰ خمسة، ولا يتوافقان، فنضرب خمسةً في ثمانيةٍ تبلغ أربعين، للزوجة خمسةٌ، والباقي بينَهُنَّ أخماساً، للأمِّ سبعةٌ، تبقَىٰ ثمانيةٌ وعشرون، لا تصحُّ على ثلاثة، فتضرب الثلاثةُ في الأربَعِينَ، تَبْلُغ مائةً وعشرين، منها تصحُّ. زوجٌ وبنتٌ وبنْتُ ابْنٍ: للزوْجِ الرُّبُعُ والباقي ثلاثةٌ، ومسألتُهُما من ستَّةٍ، نصيبها منه أربعةٌ، ولا تَصحُّ ثلاثةٌ على أربَعةٍ، ولا موافقة، فتُضْرب أربعةٌ في أربعةٍ، تبلغ ستةَ عَشَرَ، منها أربعةٌ للزَّوْجِ، والباقي بينهما أرباعاً تسعةٍ للبنت، وثلاثةٌ لبنْتِ الابْنِ زوجتانِ وثلاثُ جَدَّاتٍ وسبعة إِخوة لأُمٍّ:

للزوجتين الربُعُ وما بقي للجَدَّاتِ والإِخوة أثْلاثاً، للجَدَّاتِ سهْمٌ، وللأخوةِ سهمان، فتَضْرِبُ اثنَيْنِ في ثلاثة، تكون ستةً، تضربُهَا في سبْعَةٍ، تبلغ اثنتين وأربعين، تَضْرِبُها في مسألة الزوجَيْنِ، وهي أربعةٌ، تبلغ مائةً وثمانيةً وستين، للزوجين منْها اثنانِ وأربعون، وللجدات كذلك؛ لكلِّ واحدةٍ أربعةَ عَشَرَ، وللإِخوةِ أربعةٌ وثمانُونَ، لكلِّ واحدٍ اثنا عَشَرَ.

فرع: إذا باعَ بعْضُ الورثة جميعَ نَصِيبِهِ منَ الباقين على قدْرِ أنْصِبَائِهِمْ، قُدِّرَ، كأنَّه لم يكنْ، وقسم المالُ علَى الباقين.

مثالُهُ: زوْجٌ وابن وبنْتٌ، باع الزوْجُ نصيبَهُ لهما[1] على قدْرِ حقِّهما، فكأنه لا زَوْجَ، وتقسَّم التركةُ بينهما أثْلاَثاً، ولو باع بعْضَ نصيبه، جُعِلت المسألةُ منْ عددٍ، يؤخَذُ لنصيبِ البائع منه الجزءُ المَبِيعُ، ويُقَسَّمُ ذلك علَى الباقِينَ.

مثالُهُ: لو باعَ الزوْجُ في الصورة المذكُورة نِصْفَ نصيبه، تجعل المسألةَ مِنْ ثمانيةٍ، ليكون لنصيبِه منها، وهو الربعُ، نصف، لكن نصفُ رُبُعُ الثمانيةِ لا ينْقَسِمُ على البنْت والابْنِ أثلاثاً، فتُضْرَب الثمانيةُ في مَخْرَجِ الثلث، تبلغ أربعةً وعشرين، للزَّوْج ثلاثة، وللابن أربعةَ عَشَرَ، وللبنْتِ سبعةٌ، وعلَىٰ هذا القياسِ، والله أعلم.

«الكَلاَمُ في المَسَائِلِ المُلَقَّبَاتِ»

منها: «المشرَّكة» و«الخَرْقَاءُ» و«الأكْدَرِيَّةُ» و«أُمُّ الفُرُوخ»، ومسأَلَةُ «الأرامل» و«المنبرية» و«الصَّمَّاء»، وقد بيَّنَّاها، وقد تُسمَّى الخَرقاءُ مسألة عثمان ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ

(١) في ز: منهما.

لما سبَقَ منْ مذْهَبِهِ، و«مسَدَّسَةً»؛ لأن فيها ستَّةُ مذاهِبَ عن الصَّحَابة ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ـ علَىٰ ما مرَّ تفصيلهما، و«مُسَبَّعَةً»؛ لأن عمر ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ فيها روايَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَي العبارةِ:

إحداهما: الَّتي تقدَّمت.

والأُخرَىٰ: أنه يُفرَضُ للأم السُّدُس، والمَعْنَىٰ واحد، وربَّما سميت «مخَمَّسَةً»؛ لأن منهم من يَقُول: قضَىٰ فيها عثمانُ وعليٌّ وزيدٌ وابنُ مسعودٍ وابنُ عبَّاسٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أجمعين ـ كأنَّه لا يثبت الرواية عن غيرهم.

ومنها مربَّعاتُ ابنِ مَسْعُود ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ وهن بنتٌ وأختٌ وجَدٌّ، قال: للبِنْتِ النصْفُ والبَاقِي بينهما مناصَفَةً.

وزوجٌ وأمٌّ وجَدٌّ، قال: للزَّوْجِ النصفُ، والباقي بينهما.

زوجة وأمٌّ وجَدٌّ وأخٌ؛ جعل المال بينهم أَرْباعاً.

وزوجةٌ وأختٌ وجَدٌّ، قال: للزَّوْجَةِ الربُعُ، وللأختِ النصْفُ، والباقي للجَدِّ.

فالصور[1] كلُّها من أربَعةٍ، والصورةُ الأخيرةُ تُسَمَّىٰ مُرَبَّعَة الجماعة؛ لأنهم جميعاً جعلُوها منْ أربعةٍ، وإن اختلَفُوا في بَعْض الأنصباء.

ومنها: «المُثَمَّنَةُ»، وهي: زوجةٌ وأمٌّ وأختانِ لأبٍ وأمٍّ وأختانِ لأمٍّ وولدٌ لا يَرِثُ لِرِقٍّ أو قَتْلٍ، لأنَّ فيها ثمانية مذاهبَ، عند الجمهور: هي من أثْنَيْ عَشَرَ، وتعُولُ إلَىٰ سبعةَ عَشَرَ. وعن ابن عبَّاس ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ تفريعاً علَىٰ إنكار العَوْل[2] الفاضل عن

---

(١) في ب: الصور.

(٢) [قال الحافظ: هكذا أورده وهو مشهور في كتب الفقه، والذي في كتب الحديث خلاف ذلك، فقد رواه البيهقي من طريق محمد بن إسحاق حدثني الزهري عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة قال: دخلت أنا وزفر بن أوس بن الحدثان على ابن عباس بعدما ذهب بصره، فتذاكرنا فرائض الميراث، فقال: ترون الذي أحصى رمل عالج عدداً لم يجعل في مال نصفاً ونصفاً وثلثاً، إذا ذهب نصف ونصف، فأين موضع الثلث؟ فقال له زفر: يا ابن عباس من أول من أعال الفرائض؟ قال عمر، قال: لم؟ قال: لما تدافعت عليه. وركب بعضها بعضاً، قال لهم: والله ما أدري كيف أصنع بكم؟ والله ما أدري أيكم أقدم ولا أيكم أؤخر؟ قال: وما أجد في هذا شيئاً خيراً من أن أقسم عليكم بالحصص، ثم قال: قال ابن عباس: وأيم الله لو قدم من قدم الله، وأخر من أخر الله، ما عالت فريضة، ثم ذكر تفسير التقديم والتأخير، قال: فقال له زفر: ما منعك أن تشير على عمر بذلك؟ فقال: هبته والله، وأخرجه الحاكم مختصراً.

قول ابن الحاجب: انفرد ابن عباس بإنكار العول، مراده بذلك من الصحابة وإلا فقد تابعه محمد ابن علي بن أبي طالب المعروف بابن الحنفية، وعطاء بن أبي رباح، وهو قول داود وأتباعه.]

فرض الزوجة، والأمّ وولَدَي الأمِّ [لولدي الأبوين: فتصحُّ من أربعةٍ وعشرين، وعنده أيضاً أنَّ الفاضل عن فرْضِ الزَّوْجَةِ، والأم بين ولَدَيِ الأبوَيْنِ وولَدَي الأمّ][1] أثلاثاً، فتصح من اثنين وسبْعِين. وعن معاذٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ: أنَّ للأمّ الثلُثَ؛ تفريعاً علَىٰ أنها لا تحجب إلاَّ بالأخوَةِ، فتعُولُ إلَىٰ تسعةَ عَشَرَ.

وعن ابن مَسْعُودٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ: إسقاطُ وَلَدِي الأمِّ، وعنه إسقاط ولَدَيِ الأبوَيْنِ، وعنه إسقاطُ الصِّنفَين جَميعاً، والباقي للعصبة، وعنه ـ وهو الأشْهَرُ ـ: أنَّ للمرأة الثُّمُنَ، تفريعاً علَىٰ أن مَنْ لا يرث مَن الأولاد يَحْجُبُ الزوجة والأمَّ، فتكون المسألةُ من أربعة وعشرين، وتعولُ إلَىٰ أحدٍ وثلاثين، وتسمَّى لذلك «ثلاثينية ابْنِ مَسْعُودٍ» ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ.

ومنْها: «تِسْعِينِيَّةُ زَيْدٍ» ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ وهي: أمٌّ، وجَدٌّ، وأختٌ من الأبوَيْنِ، وأخوانِ، وأخْتٌ لأبٍ، وهي من ثمانيةَ عَشَرَ أصْلاً، أو ضرباً؛ للأمِّ ثلاثةٌ، وللجَدِّ خمسةٌ، وللأخْتِ من الأبوَيْنِ تسعةٌ، يبقى سهمٌ، لا يصحُّ علَىٰ خمسةٍ، فتضرب خمسةً من ثمانيةَ عَشَرَ، تبلغ تسعين، منْها تصحُّ.

ومنْها: النِّصْفِيَّةُ، وهي: زوجٌ، وأخْتٌ من الأبوَيْنِ، أو مِنَ الأبِ، لأنه لَيْسَ في الفرائِضِ شَخْصان يرثان نصْفَيِ المال فَرْضاً إلاَّ هُمَا، وربَّما سُمِّيَتِ الصورتَانِ يَتِيمَتَيْنِ.

ومنْها: «العُمَرِيَّتَانِ» وهُمَا: زوْجٌ، وأبَوَانِ أو وزوجة وأبوانِ؛ لأن أوّلَ مَنْ قضَىٰ فيها عُمَرُ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ.

ومنْها: «مُخْتَصَرَةُ زَيْد» ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ وهِيَ أمٌّ، وجَدٌّ، وأخْتٌ مِنَ الأبوَيْنِ، وأخٌ وأُخْتٌ من الأَبِ؛ لأنها تعمل فيها على قول زَيْدٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ بالبَسْط تارَةً، بأنْ يُقَالَ: هي مِنْ ستَّةٍ، للأمِّ سهْمٌ، والباقي بين الجَدِّ والأخ والأختَيْنِ علَىٰ ستَّةٍ، وخمْسَةٍ لا تصحُّ علَىٰ ستة، فتضرب ستَّةَ في أصْلِ المَسْألة، تبلغ ستةَ وثلاثين، يبقى بعد القسْمَةِ سهْمَان لولَدَيِ الأب، وهما لا يصحَّان علَىٰ ثلاثة، فتضرب ثلاثة في ستةٍ وثلاثين، تبلغ مائةً وثمانيةً، منْها تصحُّ، السهامُ بعد القسمة تتوافَقُ بالأنصاف، فتردها إلَىٰ أربعةٍ وخَمْسِين، وبالاختصار تارَةً بأن يُقَالَ: المقاسَمَة وثلُثُ البَاقِي سواءٌ للجد، فتقسِّم من ثمانيةَ عَشَرَ، يبقَىٰ سهمٌ لا يصحُ علَىٰ ثلاثةٍ، فتضربُ ثلاثة في ثمانيةَ عَشَرَ، تبلغ أربعةً وخمسين.

ومنْها: «مسألةُ الامْتِحَانِ»، وهي أربعُ نسْوةٍ، وخمسُ جَدَّات، وسبْعُ بنات وتسعةُ

(١) سقط من: ب.

إِخوةٍ لأبٍ، هي مِنْ أربعةٍ وعشرين، وتصحُّ من ثلاثِينَ ألفاً ومائتَيْنِ وأربَعِينَ[١].

ومنْها: الغَرَّاءُ، وقد تُفَسَّرُ بمُطْلَقِ العَوْل إِلَىٰ تسْعة، وقد تفسَّر بصورة خاصَّة منه، وهي: زوْجٌ وأختانِ لأبٍ وأم وأخوان لأمٍّ، وهذه الصورةُ تُسَمَّىٰ «مروانيةً»، لأنَّها فيما يُقالُ: وقَعَتْ في زمَنِ بَنِي أميَّة، واشتهرَتْ في النَّاس، فسُمِّيَتْ، غرَّاء، وفي المُلَقَّبَاتِ «مروانية» أُخرَىٰ، وهي: زوجةٌ وَرِثَتْ من زوْجها ديناراً ودِرْهماً، والتركةُ عشرون ديناراً، وعشْرُونَ درْهماً، يقال: إن عَبْدَ المَلِكِ سُئِلَ عَنْهَا، فقال: صُورَتُها أُخْتَانِ لأبٍ وأمٍّ وأُخْتَانِ لأمٍّ وأربعُ زوجاتٍ، للزَّوْجَاتِ خُمُسُ المالِ؛ لمكَانِ العَوْل، والخُمُسُ أربعة دنانيرَ، وأربعةُ دَرَاهِمَ، لكلِّ واحدةٍ دينارٌ ودرهمٌ.

ومنها: مسائل «المُبَاهَلَةِ»، وهي مَسائلُ العَوْل؛ لأن ابْنَ عبَّاس - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قالَ: مَنْ شَاءَ بَاهَلْتُهُ أنَّ الفَرِيضَةَ لا تَعُولُ.

ومنْهَا: «النَاقِضَةُ»: وهي: زوْجٌ وأمٌّ وأخَوَانِ لأمٍّ؛ لأنَّها تنقض أحد أصْلِي ابْنِ عبَّاس - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - إنْ أعطاهَا الثُّلُثِ، لزم العول، وإِنْ أعطَاهَا السُّدُسِ، لَزِمَ الحَجْبَ بأخوين.

لكنْ قيل: إنَّ الصَّحِيحَ عَلَىٰ قياسِ قوله أنَّ الباقي للأخَوَيْن.

ومنْها: «الدِّينَارِيَّةُ»، وهي: زوجةٌ وأمٌّ وبِنْتَانِ واثْنَا عَشَرَ أَخاً، وأخْتٌ، والتركَةُ ستُّمائَةِ دينارٍ، فنصيب الأخْت مِنْها دينارٌ، يُرْوَى أنَّ الأخْتَ دفع إليها ديناراً، فجاءَتْ إِلَىٰ عليٍّ - كرم الله وَجْهَهُ - كالمتظلِّمة، فقال: قَدِ اسْتَوْفَيْتِ حَقَّكِ[٢].

ومنْهَا: «المَأْمُونِيَّةُ»، وهيَ: أبوانِ وبِنْتَان، لم تقسَّم التركة حتى مَاتَتْ إِحْدَى البِنْتَيْنِ، وخلفت الباقين.

سأَلَ المأْمُونُ عنها يَحْيَى بْنَ أكْثَم، حينَ أرَادَ أنْ يُوَلِّيَهُ القَضَاءَ، فَقَالَ: بين أميرُ المؤمِنِينَ أنَّ الميِّتَ الأوَّلَ رجلٌ أم امرأةٌ؟

فقال المأمُونُ: إِذَا عَرَفْتَ الفَرْقَ، عَرَفْتَ الجوابَ، وذلك أنَّه إن كان رجُلاً، فالأبُ وارِثٌ في المسْأَلَةِ الثانية، لأنَّه أبُ الأبِ، وإلاَّ، فغَيْرُ وارِثٍ؛ لأنَّه أبُ الأُمِّ، والله أعلم.

---

(١) قال النووي [سميت بالامتحان، لأنه يقال: ورثة لا تبلغ طائفة منهم عشرة، لم تصح مسألتهم من أقل من كذا].

(٢) قال النووي: ويروى أنها قالت له رضي الله عنه: ترك أخي ستمائة دينار، أعطيت ديناراً، فقال: لعل أخاك ترك زوجة. . .، وذكر الباقين، وذكر الشيخ نصر المقدسي رحمه الله تعالى: أنها تسمى: العامرية، وأن الأخت سألت عامراً الشعبي رحمه الله تعالى عنها، فأجاب بما ذكرنا.

الْكَلَامُ فِي مَسَائِلِ الْمُغَايَاةِ:

قالتْ حبلَىٰ لِقَوْمٍ يقسِّمُونَ التركَةَ: لا تَعْجَلُوا، فإنِّي حبْلَىٰ، إن ولدتُ ذكراً، وَرِثَ، وإنْ ولَدتُ أُنثَىٰ، لم تَرِثْ، وإنْ ولدتُ ذكراً وأنثَىٰ، ورث الذكرُ دون الأنثَىٰ، هذه زوجةُ كلِّ عصبةٍ سوَى الأب والابْنِ.

وإن قالَتْ: إنْ ولدتُ ذكراً أو أنثَىٰ، وَرِثَا، وإن ولدتُ أنثَىٰ، لم ترِثْ، فهي زوجةُ الأَبِ.

وفي الورثة أخْتَانِ لأَبٍ وأمٍّ أو زوجة الابْنِ، وفي الورثة بنْتَانِ مِنَ الصُّلْب.

ولوْ قَالَتْ: إنْ ولدتُ ذكراً لم يَرِثْ، وإن ولدتُ أنثَىٰ، ورثَتْ، فهي زوجةُ الابْنِ، والورثةُ الظاهرون زوْجٌ وأبوانِ، [وبنتٌ أو زوجةَ الأبِ، والورثةُ الظاهِرُون زوْجٌ وأمٌّ][1]، وأخْتَانِ لأمٍّ.

ولو قالت: إن ولدتُ ذكراً أو أنثى، لم تَرِثْ، وإنْ ولدْتهما، ورثا، فهي زوجةُ الأبِ، وقد مات الأبُ قَبْله، والورثةُ الظاهرُونَ أمٌّ وجَدٌّ وأختٌ من الأبوَيْنِ.

إنْ ولَدَتْ ذكراً أو أنثَىٰ، فهو أخٌ أو أختٌ لأبٍ، فيكون الباقِي بعْد فرِضْ الأمِّ بيْن الجَدِّ والأخْتِ والمولود، ثم تسترد الأختُ جميع حصة المولود، وإنْ ولدَتْ ذكراً وأنثَىٰ، أخَذَ الجَدُّ ثُلُثَ الباقي بَعْد فَرْضِ الأمِّ، فما بَقِيَ تأْخُذ الأختُ منه قَدْرَ النِّصْف، فيبقى لهما شيءٌ.

نَوْعٌ آخَرُ: قال: إنْ ولدتُ ذكراً، وَرِثَ ووُرِثَتْ، وإن ولَدَتْ أُنثَىٰ، لم تَرِثْ، ولا أرث، هي بنتُ ابنِ المَيِّت، وزوْجَةُ ابن ابنِ آخَرَ، وفي المسألةِ بنْتَانِ منَ الصُّلْب، فإنْ ولدَتْ ذكراً، فهناك بنتانِ، وبنْتُ ابنٍ، وابْنُ ابْنِ ابنِ ابنٍ، فالباقي بينهما، وإنْ ولدَتْ أنْثَىٰ، فلا شيءٌ لهما.

ولو قالت: إنْ ولدتُ ذكراً، لم يَرِثْ ولا وَرِثْتُ، وإن ولدَتْ أنثَىٰ ورثنا، فهي

(١) سقط من: د.

بنْتُ ابنِ ابنِ الميتة، وزوجةُ ابْنِ ابنِ آخَر، والورثَةُ الظاهِرُونَ زوْجٌ، وأبوانِ، وبِنْتٌ، ابن وإن ولدت ذكراً، فلا شيْءٍ، له ولا لأمه.

وإنْ ولَدَتْ أنثَىٰ، اجتمع مع المذْكُورِينَ بنْتُ ابنِ ابنٍ، وهي الوالدة، وأخرَىٰ في درَجَتِها، وهي المولودة، فيفرض لهما، وتَعُولُ المسألة.

ولو قالَتْ: إنْ ولدتُ ذكراً، فلي الثُّمُنُ، والباقي له، وإنْ وَلَدَتْ أنثَىٰ، فالمال بيني وبينها بالسَّوِيَّة، وإن أسقطتُ ميْتاً، فلي جميعُ المال، فهي امرأةٌ أعتقتْ عبْداً، ثم نَكَحَتْهُ، فماتَ عَنْها، وهي حُبْلَىٰ [منه].

نَوْعٌ آخَرُ: قال رجلٌ: لا تَعْجَلُوا، فامرأتي غائبةٌ، إن كانتْ ميْتةً، ورثتُ، وإنْ كانَتْ حيَّةً، ورثَتْ، ولم أرِثْ، فهذا أخُو الميِّت لأبيه وزوجَتُه الغائبة أختُ الميِّت لأمّه، وله معهما أم وأختانِ من الأَبَوَيْنِ. فإنْ كانَتْ ميْتةً، فالباقي له، وإنْ كانَتْ حيَّةً، فالسدُسُ الباقي فرْضُها، ولا شيء له، ويصحُّ الجواب أيضاً في امرأةٍ، خلَّفت زوجاً وأمّاً وأختَيْن لأمٍّ وأخاً لأبٍ، قد نكح إحْدَى أخْتَيْهَا، وهي الغائِبَةُ.

ولو قال: إنْ كانَتْ حيَّةً ورثتُ أنا دُونَها، وإن كانَتْ ميْتَةً، فلا شيء لي ولا لها، فصورَتُهُ: امرأةٌ ماتَتْ عنْ زوْجٍ وأمٍّ وجَدٍّ وأخت لأمٍّ، وأخٍ لأبٍ، قد نكَحَها، وهي الغائبةُ، إنْ كانَتْ حيَّةً، فللزَّوْجِ النصْفُ، وللأمِّ السُّدُس، والباقي بيْن الجَدِّ والأخِ، وإنْ كانَتْ ميْتَةً، فللزوج النصْفُ، وللأمِّ[1] الثلث، وللجد السدُسُ، ولا شيء للأخ.

نَوْعٌ آخَرُ: امرأةٌ وزوجُها، أخذا ثلاثة أرباع المَالِ، وأخْرَىٰ وزوْجُها أخَذَا الرُّبُعَ، صورتُهُ: أختٌ لأبٍ، وأُخْرَىٰ لأمٍّ وابْنَا عمٍّ؛ أحدهما أخٌ لأم، والذي هُوَ أخٌ لأمٍّ زوجُ الأخت للأب، والآخر زوجُ الأختِ للأمِّ، فللأختِ منَ الأبِ النصْفُ، وللأخِ والأخْتِ منَ الأمِّ الثُّلُثُ، والباقي بَيْن ابْنَي العمِّ بالسَّوِيَّةِ.

زوجَانِ أخَذا ثُلُثَ المالِ، وآخران أخذَا ثُلُثَيْهِ، صورَتُهُ أبَوَانِ وبنْتُ ابنٍ في نكاحِ ابْنِ ابنِ ابنٍ آخر. رجلٌ وابنتُهُ ورِثَا مالاً عن ميت نصفَيْنِ، صورَتُهُ: امرأةٌ ماتَتْ عن زَوْجٍ، هو ابنُ عَمٍّ، وبِنْتٍ منه.

رجُلٌ وزَوْجَتَاهُ، وَرِثُوا المالَ أثلاثاً، صورَتُهُ: بنتا ابنين في نكاح ابنِ أخٍ أو ابْنِ ابنِ ابنٍ. ابن زوجةٌ وسبعةُ إخوةً لها، وَرِثُوا المالَ بالسَّوِيَّة، صورَتُهُ: نكح ابنُ الرجُلِ أمَّ امرأته وأولدها سبعة، ومات الرجُلُ بعْد موت الابْنِ عنْ زوْجَتِهِ، وبني ابن، وهم إخوَتُها لأمٍّ، فلها الثمنُ، ولهم الباقي.

---

(١) في ز: السدس.

أخوانِ لأبٍ وأمٍّ؛ ورث أحدُهُما عنْ ميِّت ثلاثةَ أرباع المال، والآخَر ربعه، صورَتُهُ: ابنا عَمٍّ، أحدهما زَوْجٌ.

نَوْعٌ آخَرُ: امرأةٌ وَرِثَتْ أربعةَ أزْوَاجٍ واحداً بَعْد واحِدٍ، فحصل لها نصْفُ أموالِهِمْ، هم أربعةُ إخْوةٍ لأبٍ وأمٍّ، كان لهم ثمانيةَ عَشَرَ ديناراً، للأوَّل ثمانيةٌ، وللثاني ستَّةٌ، وللثالثِ ثَلاَثَةٌ، وللرابع دينارٌ، فنَصِيبُهَا من الأوَّل ديناران، ومِنَ الثانِي كذلك، لأنَّه كانَ لَهُ ستَّةٌ، وأصابه من الأول ديناران، ومَن الثالِثِ كذلك؛ لأنَّه كانَ لَهُ ثلاثةٌ، وأصابه من الأوَّل ديناران ومنَ الثَّانِي ثلاثَةٌ، [ونصيبها من الرَّابعِ ثلاثةٌ؛ لأنَّه كان له دينار، وأصابه من الأول ديناران، ومن الثاني ثلاثةٌ، ومن][1] الثالثِ ستَّةٌ، فيجتمع لها تسْعَة.

امرأةٌ ورِثَتْ خمسةَ أزْوَاجٍ، فحصل لها نصْفُ أموالِهِمْ.

وهمُ خمسةُ إخوةٍ لهُمْ ثمانيةٌ وأربعون ديناراً، للأوَّلِ ستَّةَ عَشَرَ، وللثانِي ثلاثةَ عَشَر، وللثالِثِ تسعةٌ، وللرابعِ ثلاثةٌ، وللخامِسِ سبْعةٌ.

امرأةٌ ورِثَتْ ثلاثةَ أزْوَاجٍ، فحصل لها نصْفُ أموالهم.

وهم ثلاثةُ إخوةٍ لَهُمْ مائَةٌ وثمانيةٌ وثلاثون؛ للأوَّلِ مَائَةٌ وثمانية وعِشْرُون، وللثاني ثمانيةٌ وللثَّالِثِ ديناران.

نَوْعٌ آخَرُ: دخلَ صحيحٌ علَىٰ مريضٍ، فقال أوص لي، فقال وإنما ترثني أنت وأخواك وأبواك وعَمَّاك، فالصحيحُ أخو المريض لأمِّه وابن عمه وأخواه أخُو المَريض لأمِّه، وأبَوَاهُ عمُّ المريض وأمّه، وعَمَّاهُ عمَّا المريضِ، والحاصلُ ثلاثةُ إخوةٍ لأمٍّ وأم وثلاثةُ أعْمَامٍ.

ولو قال: يرثني أبَوَاكَ وعَمَّاكَ وخَالاَكَ، فالصحيح ابنِ أخي المريض لأبِيهِ، وابن أخته لأمه، وله أخوان آخران لأبٍ وأخوانِ آخَرَانِ لأمٍّ، ولو قال: تَرِثُنِي جَدَّتَاكَ وأُخْتَاكَ وزَوْجَتَاكَ وبِنْتَاكَ، فجدتا الصحيح زوجتا المريض واختاه من قِبَلِ الأمِّ أختاً المريض من قبل الأبِ، وزوجتا الصَّحِيحِ، إحداهما أمّ المريض، والأخْرَىٰ أخته من الأبِ وبنْتَا الصَّحِيح أخْتاً المريضِ منِ الأم ولدتهما له أمُّ المريض.

والحاصِلُ: زوجتان وثلاثُ أخواتٍ لأبٍ وأخْتَانِ لأمٍّ، وأمٌّ، ولو قال: تَرِثُنِي زَوْجَتَاكَ، وبِنْتَاكَ، وأخْتَاكَ وعَمَّتَاكَ وخَالَتَاكَ، فزوجتا الصحيح أمُّ المريض وأخته لأبيه، وبنتا الصحيح أختا المريض لأمه وأختا الصحيح لأمه أختاً المريضِ لأبيه وعَمَّتا الصَّحِيحِ، إحداهما لأبٍ، والأخْرَىٰ لأمٍّ، وخالَتَاه كذلك، وأربَعَتُهُنَّ زوجاتُ المريضِ،

---

(١) سقط من: ب.

فالحاصل أربعُ زوجاتٍ، وأمٌّ وأختانِ لأمٍّ، وثلاثُ أَخَوَاتٍ لأبٍ.

نَوْعٌ آخَرُ: تَرَكَ سبْعَةَ عَشَرَ ديناراً علَىٰ سبْعَ عَشْرَةَ امرأةً، فأخذت كلُّ واحدةٍ منهن ديناراً، صورَتُهُ مسألةُ الأَرَامِلِ.

ترك أربعةً وعشرين ديناراً علَىٰ أربعٍ وعِشْرِينَ امْرأةً، وأخذَتْ كُلُّ واحدةٍ مِنْهُنَّ ديناراً، صورَتُهُ: ثلاثُ زوْجَاتٍ وأرْبَعُ جَدَّاتٍ وستَّ عَشْرَةَ بِنْتاً وأختاً لأبٍ.

الكَلَامُ في الأَنْسَابِ والقَرَابَاتِ

المُتَشَابِهَة:

ثلاثُ بناتِ ابنٍ، بعضُهُنَّ أسفل من بعض يحتمل أن تكون العليا عَمَّة الوُسْطى بأنْ تكون العُلْيَا بنْتَ ابنٍ، والوُسْطَى بنتَ ابنِ ذلك الابنِ، ويحتمل أنْ تكُونَ العُلْيَا بنْتَ عمِّ أب الوُسْطَى بأن تكون الوسطى بِنْتَ ابنِ ابنِ آخر، وكذلك الوسْطَى يحتمل أنْ تكُونَ عمَّةَ السُفْلَى، ويُحتمل أنْ تكُونَ بنتَ عَمِّ أبيها، وأمَّا العلْيا مع السُفْلَى، فيحتمل أنْ تكون العُلْيا عمة أبي السُفْلَى، ويحتمل أن تكونَ بنتَ عمِّ جدها.

ثلاثُ بناتِ ابنٍ، بعضُهُنْ أسفل من بَعْضٍ، ومع كُلِّ واحدة منْهنَّ أختها، فإنْ كنَّ لأبٍ وأمٍّ أو لأبٍ، ففي كلِّ درجة بنتاً ابن، وإنْ كنَّ لأمٍّ، فهن أجنبياتٌ، وكذلك لو كان مع كلِّ واحدةٍ منهنَّ بنْتُ عمها بنتُ ابْنِ معها جدَّتُها، إن كانَتْ أمُّ الأمِّ، فهي أجنبيةٌ عن الميِّت، وإن كانَتْ أمَ الأب، فإنْ كان الميِّتُ رجلاً فهي زوجةٌ، وإن كان امرأةً، استحالَتِ المسألةُ، فإنَّ الجدَّةَ هي الميِّتة.

رجلانِ، كلُّ واحدٍ منهما عمُّ الآخر، صورَتُهُ أنْ ينكح كلُّ واحدٍ من عَمْرٍو وزيْدٍ أُمَّ الآخر، فوُلِدَ لكلِّ واحدٍ منهما ابنٌ، فكل واحدٍ من الاثنين عمُّ الآخَرِ لأمِّه.

رجُلانِ، كلُّ واحدٍ منهما خالُ الآخر، صورتُهُ: أنْ ينكح كلُّ واحد من عمرٍو وزيدٍ بنْتَ الآخَرِ، فَوُلِدَ لكلِّ واحد منهما ابنٌ، فكلُّ ابنٍ منهما خالُ الآخر.

[رجلان] كلُّ واحدٍ منهما عمُّ أبي الآخر، صورَتُهُ: أن ينكحَ رَجُلاَنِ، كلُّ واحد منهما، أُمَّ أبِي الآخَرِ، فيُولَدُ لهما [ابنانِ.

كلُّ واحد منهما عمُّ أمِّ الآخر، صورَتُهُ: أن ينكح رجُلاَنِ، كلُّ واحدٍ مِنْهُمَا] بنتَ ابنِ الآخَرِ، فيُولَد لهما ابْنَانِ.

كلُّ واحد منهما، خال أب الآخَرِ، أنْ ينكح ثنان، كلُّ واحد منهما، أمّ أمِّ الآخر، فيُولَدُ لهما ابْنَانِ.

كلُّ واحدٍ منهما خالُ أمِّ الآخر هو أن ينكح اثنان، كلُّ واحد منهما، بِنتَ بِنْتِ

الآخَرُ فيُولَدُ لهما ابنانِ. رجُلانِ، أحدُهُما عمُّ الآخَرِ، والآخَرُ خالُ الأوَّل، صورتُهُ: أن ينكح رجلٌ امرأةً، وينكح ابنُهُ أمَّها، فيولَدُ لكلِّ واحدٍ منهما ابنٌ، فابنُ الأبِ عمُّ ابنِ الابْنِ، وهو خالُ ابنِ الأبِ.

شخصٌ، هو خالٌ وعمٌّ، صورتُهُ: أن ينكح أحَدُ الأخوَيْنِ، منَ الأَبِ، أُخْتَ الآخَرِ من الأمِّ، فتلد له ابناً، فالأخ الآخَرُ عمُّ المولود لأبيه، وخالُه لأمِّه.

وأيضاً إذَا نَكَحَ أحد الأخوَيْنِ، من الأم، أُخْتَ الآخر لِأَبِيهِ، فولدَتْ له ابْناً، فالآخَرُ خالُ هذا الابْنِ منْ جهة الأَبِ، وعمه من جهة الأُمِّ.

وأيضاً إذا نكح زَيْدٌ أمَّ عمْرو، وعمرو بنْتَ زَيْدٍ، ووُلِدَ لكلِّ واحدٍ ابْنٌ، فابنُ زيدٍ عمُّ ابْنِ عمْروٍ، لأنَّهُ أَخُو عَمْروٍ لأمِّه، وخال له؛ لأنَّهُ أخو أمه من الأب، وأيضاً إذَا نَكَحَ امرأةً، وله بنتٌ من غيرها، ولها ابنٌ من غيره، فنكَح ابنُها بنْتَهُ فوُلِدَ للوالدَيْنِ ابنٌ وللولدَيْنِ ابنٌ، فابْنُ الوالِدَيْنِ عمُّ ابنِ الولدين منَ الأمِّ؛ لأنَّه أخو أبيه من الأمِّ، وخاله؛ لأنه أخو أمِّه من الأب، وقد نظم بعضهم المسألة فقال: [المتقارب]

وَجَــارِيَــة عَــمُّــهَــا خَــالُــهَــا   إذَا مَـا مَـشَـتْ صَـاحَ خـلْـخَـالُـهَـا
أَبِـيـنُـوا لَـنَـا أَيُّـهَـا الـفَـارِضُـو   نَ عَـنْ هَـٰذِهِ الـخَـوْدِ، مَـا حَـالُـهَـا؟

وبمثل ذلك يصوِّر المصْرَاع الثَّاني منَ البَيْتِ المَعْرُوف: [البسيط]

حَـرْفٌ أَبُـوهَـا أَخُـوهَـا مِـنْ مُـهَـجَّـنَـة   وَعَـمُّـهَـا خَـالُـهَـا قَـوداء شِـمـلـيـل

ويُرْوَىٰ هذا البيْتُ عن كعْبِ بْنِ زُهَير بن سلمى من قصيدة مَدَحَ بها سيِّدَنا رسُولَ الله ﷺ وأنْشدَهَا بيْن يدَيْهِ أوَّلُها: [البسيط]

بَـانَـتْ سُـعَـادُ؛ فَـقَـلْـبِـي الـيَـوْمَ مَـتْـبُـول   مُـتَـيَّـمٌ إِثْـرَهَـا لَـمْ يُـفْـدَ مَـكْـبُـولُ[1]

ويُرْوَىٰ هذا البيت عن أوْسِ بْنِ حَجْرٍ أيضاً، كأنَّ أحَدَهُمَا ضمَّنَهُ.

وأما قولُهُ «أبوها أخوها» فمثله يوجد[2] في أنكحةِ المجوس، أو بالشبهة.

وذلك بأن يطأ المجوسيُّ أُمَّه، فيولدها بنتاً، فهو أبُوهَا وأَخُوهَا لأُمِّها، واجتماع القرابَتَيْنِ المذكورَتَيْنِ في المِصْرَاعِ الأوَّل والقرابتين المذكورتين في الثَّانِي؛ بأن يضرب

(١) ينظر البيت في ديوان كعب (٦) والمصون في الأدب (٢٠٢) ودلائل الإعجاز (١٨) برواية مغلول ومعنى بانتْ: فارقتْ. ومتبولٌ: أُصِيب بتَبْلٍ، أي تبلَتْ قلبي. ومتيَّم: مضلَّل وهو التذلل، ذلَّله الحُبُّ. ومكبولٌ: محتبَسٌ عندها. والكَبْل: القَيْد، يقال: مكلَّبٌ ومكبَّلٌ بمعنىً واحدٍ. وقال ابنُ الأعرابيّ: مكبَّلٌ: بالحديد، ومكلَّبٌ: شُدَّ في كَلْبة السَّرْج وهي حَلْقةٌ في مؤخَّرة السَّرْجِ. ويُرْوَى: «لم يُفْدَ» من الفِدَاء. ولم يُجْزَ: من الجَزَاء. يقول: ما أثابَتْنِي.

(٢) في ز و د: لا يوجد.

فحْلٌ ابنتَهُ، فتضع حملين، فيضربها أحدُهما، فتضع ناقةً، فالفحل الثاني أَبُوهَا وأَخُوها لأمِّها، والذي كان معه عمّها؛ لأنّه أَخُو أبيها، وخالها؛ لأنّه أخُو أُمِّها.

و«الحرفُ»: النَّاقَةُ الضامِرَةُ، ويُقَال: «الصلبة، المهجنة» بنْتُ الهَجِينِ، وهو الَّذِي أبوه شريفٌ عتيقٌ، والأمُّ بخلافه، و«القَوْدَاء»: الطَّوِيلَةُ، و«الشِّمْلِيلُ» السَّرِيعَةُ.

رجلٌ، هو عمُّ أبيه، وعمُّ أمه، صورَتُهُ: أن ينكح أبُو أبِي أَبيه أُمَّ أبي أمِّه، فوَلَدَتْ ابناً، فذلك الابنُ عمُّ أبيه من الأبِ، وعمُّ أمه من الأمِّ. رجلٌ هو خالُ أبيه، وخال أمه. [صورته: أن ينكح أبُو أمِّ أمِّه، أُمَّ أمِّ أبيه، فولَدَت أبناً، فذلك الابنُ [هو] خال أم الرجل لأبيه وخال أبيه لأمه][1].

رجُلاَنِ، كُلُّ واحدٍ مِنْهما، ابْنُ عم الآخر، وابنُ خاله، صورته: أن ينكح رجُلاَنِ، كلُّ واحد منهما، أُختَ الآخَرِ، فيولد لهما ابنانِ، فكلُّ واحدٍ من الابنَيْنِ ابنُ عمَّةِ الآخر وابنُ خالِهِ.

عن حرملة أنَّ رجُلاً دَفَعَ إِلَى الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - رُقْعَةً فيها: رجلٌ ماتَ، وخَلَّىٰ رجُلاً: ابْنَ عَمِّ ابْنِ أَخِي عَمِّ أَبِيه.

فكتَبَ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - في أَسْفَلِهَا: [الرمل]

صَارَ مَالُ الْمُتَوَفَّى كُمَّلاً ... بِاتِّفَاقِ الْقَوْلِ لاَ مِرْيَةَ فِيهْ
لِلَّذِي خَبَّرْتَ عَنْهُ أَنَّهُ ... ابْنُ عَمِّ ابْنِ أَخِي عَمِّ أَبِيهْ

وذلك لأنَّ ابْنَ أخي عَمِّ الأب هو الأب، فابن عمه هو ابْنُ عمِّ الأب، ويقْرُبُ من هذا قَوْلُ القائل: ورِثَ من الميت خالُ ابْنِ عمَّته دون أخيه من الأبوَيْنِ؛ وذلك لأنَّ خال ابْنِ العَمَّة هو الأب والأعْمَام، والمرادُ هاهنا: الأبُ.

وقول القائلِ: وَرِثَ من الميت عمَّةُ ابنِ خالِهِ دُون الجَدَّة؛ وذلك لأنَّ عمَّة ابْنِ الخالِ هي الأمُّ.

وهذه فنونٌ لا تتناهى، وقد أتَيْنَا منها بطَرَفٍ صالحٍ، نفعَنا اللَّهُ والناظرين فيه بمنهِ وكرمه. ونرجع إلى الموضع الذي تركناه من الكتاب بعوْن الله وحُسْن توفيقه.

تم الجزء السادس،

ويليه الجزء السابع، وأوله:

«كتاب الوصايا»

---

(١) سقط في: ز.

الفهرس

كتاب القراض وفيه ثلاثة أبواب

كتاب المساقاة وفيه بابان

كتاب الإجارة وفيه ثلاثة أبواب

كتاب الجعالة وأركانها أربعة

كتاب إحياء الموات